11.

IESVS, MARIA, IOSEPH, Y LOS Santos Vicentes.

ALLEGACION

POR EL ILLVSTRE DON EMAnuel Exarch, Bellvis, Melo, de Ferreyra, Marques de Benavites, Conde, y Señor de Villamonte.

CON

EL EGREGIO DON LVIS IVAN de Torres, Conde de Peñalva.

EN

EL PLEYTO, QVE SIGVEN EN ESTE S. S. C. en grado de suplicacion, sobre la succession de los bienes de Don Pedro Exarch el Antiguo.



En Valencia: En la Imprenta de Vicente Cabrera, Impressor, y Librero de la Ciudad, en la Plaça de la Seo. Año 1699.

Gexo [illegible] a 30 d Julio de 1500.


ON Pedro Exarch el antiguo, con su vltimo testamento que autorizò Francisco Despi Notario à los 10. de Henero 1499. ordenò su voluntad en la forma siguiente; hizo manda, y legado de 300. lib. annuas à Don Vicente Exarch su hijo segundo, con diferentes pautos, y condiciones, y en lo remanente de sus bienes, y herencia, instituyò heredero, à Don Miguel Angel Exarch su hijo Primogenito.

2 Entrò à posseher el legado Don Vicēte, y la vniversal herencia Don Miguel Angel, por muerte del qual sin hijos Varones, sucediò en la mitad de los bienes hereditarios, del dicho Don Vicente legatario, que en este caso fuè expressamente llamado à la succesion.

3 Por muerte de Don Vicente, sucediò Don Miguel su hijo primogenito, y por muerte de este, sucediò su hijo Don Vicente, que tuvo en hija vnica à Doña Leonor Exarch, la qual premuriò à su Padre, dexando en hijo à Don Pedro Bellvis, que por muerte de Dō Vicente su Aguelo, entrò à posseher estos bienes; contra el qual, suscitò instancia formal Don Miguel Exarch, con peticion de 4. de Henero 1585. y en ella hizo pedimiento de estos bienes, pretendiendo haverle pertenecido, como verdaderamente agnado, por haver fallecido Don Vicente Exarch, sin dexar hijos Varones, cuya instancia, y pedimento prosiguiò Don Francisco Exarch, hijo de Don Miguel por medio de sus curadores; y por haver faltado en infantil edad dicho Don Francisco, la prosiguiò Don Francisco Iuan de Torres hijo de Doña Paula Exarch; y con Sentencia publicada por Pablo Alreus Escrivano de Mandamiento, en 19. de Henero 1601. mandò declarar la Real Audiencia del Reyno de Valencia,

no

no quedar justificada la dicha instancia, y pedimiento, absolviendo de èl, al dicho Don Pedro Bellvis, con motivo; de que los bienes, quedaron libres en Don Miguel Exarch, por haver muerto con hijos Varones; por cuya razon, no se considerava tener drecho à ellos Don Francisco Iuan Exarch, nec ex propria persona, por no ser llamado à la succesion, nec ex persona del dicho Don Miguel su Tio, que tampoco lo era en el caso sucedido.

4 De esta Sentencia se interpuso supplicacion, que se introduxo en este Supremo Consejo, la qual prosigue, y intenta su revocacion Don Luis Iuan de Torres Conde de Peñalva, como descendiente Varon del dicho Don Vicente Legatario, per mediam personam de Don Francisco Iuan Torres su Abuelo, que se hallava en la linea contentiva de Don Francisco Iuan de Torres al tiempo de la muerte de Don Francisco Exarch, y ambos decendientes de Don Francisco Exarch origen de la linea que se hallò legitima successora de estos bienes, al tiempo de la muerte sin hijos Varones del dicho Don Vicente Exarch, que fuè el vltimo legitimo possehedor, y agnado del dicho Don Vicente Legatario. Y todo lo contrario esfuerça el Marques de Benavites mi parte, como descendiente legitimo del dicho Don Vicente Exarch el Segundo, verdadero agnado, y successor legitimo del dicho Don Miguel, hijo del dicho Don Vicente legatario.

5 Para mas cabal comprehension de la justicia, que assiste al Marques, y justificacion de lo declarado en dicha Real Sentencia, dividirè este allegato en dos puntos; En el primero, se expressaràn los fundamentos juridicos de la libertad de los bienes, que dieron motivo à la declaracion de dicha Real Sentencia. En el segundo se fundarà, que aun en caso, que los bienes, quedassen vinculados,

lo

lo ſerian con fideicommiſſo de mayorazgo regular, y no de riguroſa agnacion, ni aun de maſculinidad; y aun en caſo, que fueſſe de maſculinidad, que à ellos tiene drecho claro el Marques, como Varon deſcendiente legitimo del dicho Don Vicente el ſegundo, poſſehedor verdadero, y legitimo, que fuè de dichos bienes.

PVNTO PRIMERO.

EN QVE SE HARA EVIDENCIA DE la libertad de los bienes, que diò motivo à la declaracion de la Real Sentencia.

6 LA voluntad del Teſtador, es la que govierna, y rige el dilatado imperio de las diſpoſiciones teſtamentarias, ſegun la Sentencia del Filoſofo, citado por Bald. *in l. fœdiſsimam. C. de adulterijs.* donde dize: *Tolle voluntatem de medio, & omnis actus erit indiferens.* Por lo que propriamente, ſe tiene por Reyna de ſi miſma, y como precepto inviolable, ſe deve obſervar ciegamente, todo ſu contenido *l. in conditionibus. ff. de cond. & demonſ. l. ex facto l. magna ff. de hæred. inſtituend.*

7 De aqui nace, que quando ſe à de tratar de alguna teſtamentaria diſpoſicion, ſe deve curioſa, y advertidamente leer todo ſu contenido, para no errar en el juyzio, que ſe deve hazer de ella. *authent. de reſtitu. fideicom. §. nos igitur.* ibi: *Inde ſubtilius teſtamentum conſiderantes, verbis ipſis invenimus.* Como advirtiò Bald. *in l. ſi cum dote. §. pater in fine. ff. de ſolut. matrim. & conſ. 222. in fine. volum. 1.* Peregr. *de fideicom. art. 11. num. 34.* Pues de otro modo, no ſe podrà afianzar el drecho, que nace de la miſma teſtamentaria diſpoſicion *l. plagijs. §. in clivo. ff. ad legem aquilian. l. final. in princip. ff. de iure. iurand.* Menoch. *conſ. 2. num. 208.* Barboſ. *ad text. in l. titia. 25. ff. de*

solut. matrim. que queda variado, al mismo passo que lo està el hecho de que se origina. Garcia *de nobilitat. glos. 6. num. 54.*

8 Insiguiendo pues este legal precepto, para discurrir con fundamento, sobre la disposicion de Don Pedro Exarch el antiguo, y averiguar el drecho, que de aquella resulta à las partes, se referirà à la letra, la que expressò nuestro testador en el referido testamento, que para su total comprehension, se distribuirà por clausulas, y por ser las de la vniversal herencia relativas à las del legado, tendràn las de este el primero lugar.

CLAVSVLA PRIMERA DEL LEGADO.

9 *Ittem do, è leix à Vicent Exarch fill meu legitim, y natural, sis mil a sous de renda cascun any, la proprietat dels quals, sia noranta milia sous, los quals vull, è man li sien donats, è pagats per lo hereu meu de jus escrit en censals bons, è segurs lo qual legat fas al dit Vicent fill meu, ab los pactes, vincles, y condicions infra seguents, ço es.*

CLAVSVLA SEGVNDA.

10 *Que après mort del dit Vicent fill meu, los dits sis milia sous de renda, aixi en proprietat, com en pensions, sien, vinguen, y tornen sens diminuciò alguna à Perot Eixarch, net meu, fill del dit Vicent Eixarch fill meu, lo qual es de edat de deu mesos.*

CLAVSVLA TERCERA.

11 *E si lo dit Perot Eixarch net meu, morrà quant que quant, sens fills legitims, y naturals, è de legitim, y carnal matrimoni nats, è procreats; en tal cas substitueixch à aquell, en dit legat lo altre, è machor fill mascle del dit Vicent Eixarch fill meu, lo qual legat vull vinga en lo segon net meu ab lo mateix vincle, è condiciò, que es estat dit del dit Perot Eixarch, è sens diminucio alguna de legitima falsidia, trebelianica, è axi vull es segueixca per tots los fills mascles del dit Vicent*

nats,

nats, è naxedors, servat orde de genitura.

CLAVSVLA QVARTA.

12 *E si tots los fills mascles del dit Vicent fill meu morràn quant que quant sens fills legitims, è naturals, è de legitim, y carnal matrimoni nats, è procreats, en tal cas vull, que lo dit Vicent fill meu puixa donar entre vius, eo en vltima voluntat los noranta milia sous, preu, è proprietat de sis milia sous de renda, à les filles de aquell legitimes, naturals, à cascuna lo que aquell voldrà, y ben vist li serà.*

CLAVSVLA QVINTA.

13 *E si lo dit Vicent fill meu morrà quant, que quant sens fills legitims, è naturals, è de legitim, è carnal matrimoni nats, è procreats, lo que Deu no vulla, en tal cas vull, que tots los sis milia sous de renda, per entregue, è sens diminucio alguna, vingen, tornen, è sien del hereu meu de jus escrit, è als hereus de aquell sin tindrà, sino als altres substituts hereus meus, de jus escrits, ab los vincles en lo present meu darrer testament aposats, en lo qual cas vull, que lo dit Vicent fill meu, puixa testar à fer à ses voluntats de sis milia sous moneda Reals de Valencia, lo qual legat dels dits sis milia sous de renda fas al dit Vicent fill meu per tot, è qualsevol dret, que aquell puixa tenir en mos bens, axi per dret de legitima falsidia, trebelianica, com altre qualsevol dret, les proprietats dels quals sis milia sous de renda, vull estiguen inalienables per causa, è raho del dit vincle, è que aquell Vicent fill meu sia vestit de drap de dol.*

CLAVSVLA SEXTA, Y HEREDITARIA.

15 *Tots los altres bens, è drets meus, aixi mobles, &c. Do eleix à Iuan Luis Angel Eixarch fill meu legitim, y natural, è aquell dit fill meu à mi hereu propri, è vniversal fas, è instituexch per dret de institució, ab tal pacte, vincle, y condició: que si lo dit Iuan Luis Angel Eixarch fill meu morrà, quant que quant sens fills legitims, y naturals, è de legitim, è carnal matrimoni nats, è procreats, (lo que Deu no vulla) en*

en tal cas los dits bens, y herencia mia, sens diminuciò alguna de legitima falsidia, trebelianica vinguen tornen, è sien de Vicent Eixarch fill meu ab los vincles, y condicions de jus especificadors. En lo qual cas vull, orden, è man, que lo dit Iuan Luis puixa testar de mil florins de or valents quinze milia sous tansolament.

CLAVSVLA SEPTIMA.

15 *E si lo dit Iuan Luis Eixarch fill meu morrà ab fills mascles, è altres descendents mascles, legitims, y naturals de legitim, è carnal matrimoni, nats, è procreats, vull, è man, que tots los bens, è drets meus sens diminuciò alguna, segons es dit de sus, vinguen, è sien dels dits fills mascles, è altres descendents mascles, è aquells en lo dit cas, à mi hereus propris, e vniversals fas, è instituеixch per dret de instituciò; ço es al machor de aquells fills mascles, è altres descendents mascles, è axi se segueixca de vns en altres dels dits fills, è altres descendents mascles del dit Iuan Luis Angel fill meu, servat orde de genitura.*

CLAVSVLA OCTAVA.

16 *E si serà cas, que lo dit Iuan Luis Angel fill meu morrà sens fill mascles, ne altres descendents mascles segons es dit, è tindrà filla, ò filles legitimes, è naturals, y de legitim, y carnal matrimoni nades, y procreades, en aquest cas vull, ordeu, è man, que lo dit Iuan Luys Angel fill meu, puixa testar à fer à ses voluntats de la mitat de mos bens, y herencia entre les dites filla, ò filles sues, donant à aquella, ò aquelles la part, que aquell fill meu voldrà, è elegirà, è benvist li serà.*

Hic casus fuit secutus.

CLAVSVLA NONA.

17 *E la altra mitat dels dits bens meus, y herencia, vinga, e torne sens diminucio alguna, segons de sus es dit, al dit Vicent Eixarch fill meu ab los vincles, y condicions, apostats, è aposades en lo legat, à aquell dit Vicent fill meu, per mi ab lo present meu testament fet de sis milia sous de renda.*

CLAVSVLA DECIMA.

18 *Encara ab los pactes, y vincles seguents, ço es, que si aquell dit Vicent fill meu morrà quant que quant sens fills mascles, ne altres descendents mascles legitims, y naturals, segons es dit damunt, que axi la dita herencia mia, è bens en lo cas à hon aquella; per entregue li pertanyguès, ò la mitat de la herencia si es seguia lo cas, que lo dit mon fill Iuan Luis moris ab fills, sens diminucio alguna torne, è sia de la dita Yolant filla mia, ê aquella dita filla mia, hereva propria, è vniversal, fas, è instutueixch de vida de aquella tansolameut.*

CLAVSVLA VNDECIMA.

19 *E apres obtè de aquella dita Yolant filla mia, vull, orden, ê manen, que tots los bens, drets, y herencia sien, è tornen sens diminucio alguna al hu dels fills mascles de aquella dita filla mia, à aquell dels dits fills mascles que la dita Yolant voldrà, y eligirà aixi ab son vltim testament, com en donacio entre vius lo qual dit fill de la dita filla mia nomenador per aquella en lo dit cas, hereu meu, propri, ê vniversal, fas è instutueixch per dret de institucio, prenint aquell mon nom, è armes de Eixarch, ê no en altra manera.*

CLAVSVLA DVODECIMA.

20 *E si per ventura lo dit net meu, aixi elet per la dita Yolant filla mia, no voldrà pendre lo nom, ê mies armes, tots mos bens, y herencia mia entregamēt, ê sens diminuciò alguna, torne, è vinga al altre fill mascle de la dita Yolant filla mia legitim, y natural lo que aquella veldrà, è eligirâ, lo qual per lo semblant haja, è sia tengut pendre lo nom, y armes mies, si è segons de sus es dit, è aixi es segueixca de tots los fills mascles de la dita Yolant filla mia.*

CLAVSVLA DECIMATERCIA.

21 *E si serà cas, que la dita filla mia, no havia, y tenia fills mascles legitims, y naturals segons damunt es dit, ò tenien, y no volien pendre lo nom, è armes mies, en qualsevol*

de dits casos, vull, orden, y man, que tots los dits bens meus, ê drets sens diminuciò alguna, sien, vinguen, e tornen als fills mascles de la dita Noble Doña Beatriu Lansol Senyora de Gilet Germana mia, legitims, y naturals de aquells, del Noble Don Emanuel Lansol Senyor de Gilet marit seu: En lo qual cas vull, orden, è man, que la dita Yolant filla mia puixa testar de mos bens entre les filles de aquella, si aquella ne tindrà de quaranta milia sous moneda reals de Valencia, en aquella, de aquelles que la dita Yolant voldrà, e eligirà, aixi ab testament com ab donaciò entre vius; los quals bens, y herencia mia vull, è man, vinga als dits fills mascles de la dita Doña Beatriu Germana mia, en aquesta forma, y manera, ço es al machor dels dits fills mascles de aquella ab les condicions damunt dites, ê no en altra manera, ço es prenint aquell lo nom, è armes.

CLAVSVLA DECIMAQVARTA.

22 *E si lo dit fill machor de la dita Germana mia, no volia pendre lo nom, y armes mies, los dits bens, y herencia mia sens diminuciò alguna, segons es dit damunt, sia vinga, y torne al altre fill mascle de la dita Germana mia, puix aquell dit fill mascle de la Germana mia, tinga disposiciò, è facultat de casarse, è prenga lo nom, è armes mies, è aixi se segueixca fins al darrer fill de la dita Germana mia servat orde de genitura.*

CLAVSVLA DECIMAQVINTA.

23 *E si la dita Doña Beatriu Germana mia no tenia fills mascles, hon tenia, è no volien pendre lo nom ê armes mies en aquest cas, vull orden, è man, que dels dits bens, ê drets meus, ne sien fetes dues parts. La primera de les quals do, eleixch al magnifich Mossen Emanuel Eixarch Cavaller Cosingermà meu, è als hereus de aquell, è aquells, en la dita mitat hereus meus per dret de instituciò fas, è instituеixch, à fer de aquells à ses propries voluntats.*

CLAV-

CLAVSVLA DECIMASEXTA.

24 *De la altra, è segona mitat dels dits bens meus, vull, è man, sien fets, è instituits tants annuals, quants es podran fer, è instituir en la Capella de la Verge Maria construida, en la dita Esglesia Parroquial de Sent Iuan del Mercat, en la qual lo meu cos repossarà.*

25 Antes de entrar à tratar de los meritos del principal asumpto, serà precisso el parafrasear el contexto de toda la disposiciõ de nuestro testador, y advertir la diversidad, conque concibiò las clausulas.

26 En la primera, haze legado de seis mil sueldos annuos à Vicente su hijo, y para despues de sus dias le substituye con vocacion expressa, à Pedro, alias Perot Exarch su nieto, hijo del dicho Vicente, pues como advirtiò Graso. *in §. fideicommissum. quæst. 2. num. 1.* Fussar. *de substit. quæst. 270. à num. 1. Ille censetur vocatus expressè, cui verba testatoris absque aliqua conditione diriguntur.*

27 En la segunda clausula, comprehendiò el testador el segundo grado de substitucion, à favor del segundo hijo de Vicente, baxo la condicion de morir Pedro alias Perot sin hijos legitimos, y naturales, cuya condicion fuè cumplida, por haver muerto Pedro en infantil edad, y por consiguiente sin hijos, y por esta razon en fuerza de dicha substitucion, sucediò en este legado, Miguel Exarch hijo segundo de dicho Vicente, *quia purificata conditione dispositio sub illa concepta, perinde est, ac si purè relicta fuisset. l. final. §. sin autem sub conditione. C. de caducis tollend. l. si fundum. ff. de cond. & demonst. cum vulgatis,* y es vulgar axioma, *quod puri, & purificati, idem est judicium. l. final. §. 1. ff. de vulgari.* Alexand. Paul. Iason, Menoch. Tiraquel. y otros citados por Pereg. *de fideicom. art. 43. num 17.* Fussar. *de sustit. quæst. 271.*

28 Contiene esta clausula por singular, la

substi-

ſubſtitucion reciproca, entre todos los hijos del dicho Vicente, en caſo de morir cada vno de ellos ſin hijos, *quia ſub vnica verborum conceptione, plures ſibi invicem ſubſtituuntur*, que es la eſencia de la ſubſtitucion reciproca. Bartol. *in l. lucius. ff. de vulgari.* Alexend. Trentacinq. *de ſubſtit. centur. 2. quæſt. 56.* Spin. *in ſpecul. teſtam. tit. de reciproca ſubſt. num. 1. cum ſequen.* Fuſſar. *de ſubſt. quæſt 254. à num. 1.*

29 En la clauſula tercera, previene el teſtador el caſo de morir todos los hijos del dicho Vicente ſin hijos legitimos, y para eſte caſo, le da facultad, para diſponer de los bienes legados entre las hijas, que tuviere, dando mas, y menos ſegun ſu voluntad.

30 Se deve notar de eſta clauſula por ſingular, que en ella el teſtador concede facultad, al legatario de diſponer de todos los bienes legados entre ſus hijas, ſiendo aſsi, que en la clauſula 8. en el caſo de morir con hijas, ſolo dà facultad al heredero de diſponer entre ellas de la mitad de la herencia.

31 En la clauſula quarta, previene el teſtador el caſo de morir el primer legatario ſin hijos algunos, y en eſte ſubſtituye à ſu heredero, y à los herederos de aquel ſi les tuviere, y en caſo de no tenerles, ſubſtituye à los otros herederos ſubſtituhidos, con los pautos, vinculos, y condiciones preſcritas en la clauſula de herencia.

32 Eſta clauſula tiene por ſingular diferentes circunſtancias, que no ſe hallan en las otras. La primera es, que el teſtador, relative pone todas las condiciones, y pautos expreſſados en la clauſula de herencia, que quiere ſe obſerven en quanto à los bienes legados; La Segunda, que le dà facultad de diſponer ad liberas edes, de cierta porcion del legado, lo que en otras no expreſſa; La tercera, que no previene el teſtador el caſo de tener hijos Varo-

nes

nes alguno de los subſtituidos, y por consiguiente, tamquam caſus omiſus, ſe dexa à lo diſpueſto por drecho. *l. comodiſsime. ff. de liberis, & poſtumis. l. cum prætor. ff. de jud. l. ſi extraneus. ff. de cond. ob cauſ.* Molin. *de ritu nuptiar. lib. 2. reſol. 12. num. 16.* Rota apud Farin. *tom. 1 par. 1. deciſ. 171.*

33 En la clauſula ſeptima, ſubſtituye al dicho Vicente legatario, en caſo de morir ſin hijos el dicho Iuan Luys ſu heredero.

34 En la clauſula octava, previene el caſo de morir el dicho ſu heredero, con hijos Varones, y en eſte caſo les llama expreſſamente à la ſuccesſiõ, ſegun orden de primogenitura, y que el miſmo orden ſe obſerve en todos los deſcendientes Varones de aquel.

35 Eſta clauſula tiene por ſingular, la expreſſa vocacion de los hijos Varones, del dicho Iuan Luys ſu heredero, cuya expreſſa vocacion, no ſe halla en las otras clauſulas.

36 En la clauſula nona, previene el teſtador, el caſo de morir el dicho Iuan Luys ſu heredero, ſin hijos Varones, dexando ſolamente hijas, en el qual le dà facultad de diſponer de la mitad de la herencia, entre las hijas, y en la otra metad ſubſtituye al dicho Vicente legatario; con los pautos, y condiciones expreſſadas en el legado.

37 De eſta clauſula infiero por ſingular, lo primero la diviſsion de la herencia, que en ninguna otra ſe halla. Lo ſegundo, que de la vna metad, le dà facultad de diſponer entre las hijas, y para la otra metad, llama expreſſamente al dicho Vicente legatario, con los pactos expreſſados en la clauſula del legado, y añadiendo otros, que no havia pueſto en aquella, ſubſtituyendole en caſo de morir ſin hijos à Vicente.

38 En la clauſula vndecima, ſubſtituye à la dicha Violante, para deſpues de ſus dias, à vno de ſus

hijos, Varones, dandole facultad de eligirle, assi entre vivos, como en vltima voluntad, con la obligacion de traer nombre, y armas.

39 De esta clausula se infiere por singular, la fundacion de vinculo electivo, entre los hijos Varones, y imposicion de nombre, y armas, lo que hasta entonces, en ninguna de las substituciones havia expressado.

40 En la clausula decimatercia, para en caso de morir sin hijos Varones dicha Violante, ò teniendoles, no tomassen nombre, y armas, deducidos quatro mil sueldos, de que le da facultad de disponer, substituye à los hijos Varones de Doña Beatriz, hermana del testador, esto es, al mayor, y en caso de no querer tomar nombre, y armas, substituye al segundo hijo, y que esto se observe entre todos los hijos de aquella.

41 De esta clausula se infiere por singular. Lo primero, la facultad de disponer de cierta porcion libremente, lo que no expresò, en las clausulas electivas antecedentes; Lo segundo, que es llamado expressamente el hijo mayor de Doña Beatriz, siendo assi, que los hijos de Violante, fueron llamados mediante la facultad electiva.

42 En la clausula decimaquarta y vltima, dispone, para en caso de morir la dicha Beatriz sin hijos Varones; ò teniendoles, no tomassen nombre, y armas, substituyendo en la metad de la herencia, à Don Emanuel Exarch su Primohermano, ad liberas ædes, y en la otra metad substituye, à cierta obra pia.

43 Esta clausula tiene por singular, que en caso de no tomar vn hijo el nombre, y armas, no le dà facultad de eligir otro, como lo hizo en la clausula vndecima, sino que llama a su Primohermano, en la metad de la herencia, ab liberas ędes, lo que en las otras substituciones no havia hecho, y en la

otra metad à la obra pia que inſtituye.

44 Parafraſeada toda la diſpoſicion de nueſtro teſtador, devo ſuponer, que el caſo, que ſucediò, fuè el expreſſado en la clauſula octava, y por conſiguiente por haver muerto Luys Angel, primero heredero ſin hijos Varones, aunque con hijas, que fueron Doña Sebaſtiana, y Doña Leonor, la metad de toda la herencia, perteneciò à Vicente Exarch legatario, con los pactos, y condiciones expreſſados en la clauſula del legado, y los que añadiò en eſte miſmo caſo ſucedido. Y deſpues de la muerte del dicho Don Vicente legatario, en fuerza de dicha ſubſtitucion, eſta metad de herencia perteneciò à Don Miguel ſu hijo ſegundo, por ſer ya premuerto Don Pedro alias Perot hijo primogenito, en infantil edad. Lo que ſe convence, aſsi por la expreſſa vocacion fideicomiſſaria, poſt mortem del dicho Vicente, que tenia ſu hijo Pedro, alias Perot; como por que haviendo caducado eſta ſubſtitucion, por la premoriencia de Pedro, quedò en el dicho Vicente eſta herencia, con el miſmo gravamen, à favor del otro hijo, que fuè Miguel; pues es cierto principio, que caducado el vn grado de ſubſtitucion, por la premoriencia del ſubſtituto, queda el gravado con la obligacion de reſtituhir al del otro grado immediato, ſegun el Fuero 45. rub. de teſtam. de aquel Reyno *l. vnica. §. proſecuendo, &* *§. ſin autem. C. de caduc. tollend. l. Gallus in principio. l. ſi alienos. l. cum pater. §. cum pater. ff. de legat. 2. l. ſi ab eo. ff. de vſufruct. legato.* Bartol. *in l. quamdiu in fine. ff. de adquir. poſſeſſ.* Et ibi comuniter DD. late Fuſſar. *de ſubſt. quæſt. 469. per tot. & ſignanter. à num. 37.* Pereg. *de fideicom. art. 15. à num. 7. cum ſeqq.* Et ibi Cenſal. eius additionator. Theſau. *deciſ. 86.* Gratian. *diſcept. 747. num. 15. cum ſeqq.* Fontanel. *de pact. nupt. clauſ. 5. gloſ. 10. par. 2. nu. 17.* Seſſe *deciſ. 50. fere per tot.* El Señor Caſanate *conſ. 2. fere per tot.* Alexand.

Ambroſin.

Ambrosin. *decis. 62. per. tot.* De forma, que la premoriencia, y caducidad de vn grado, no solo, no impide el transito al otro grado de substitucion, sino que antes bien, abre la puerta, y desembaraza el passo, para que tenga efeto en el subsiguiente, como lo aseguran por constante, y cierto los citados DD. & Punctim. Ambrosin. *d. decis. 44. num. 37.* Fontanel. *vbi supra nu.* 18. Hieronim Gabriel *cons. 117. num. 10. cum seqq.*

45 Con esta suposicion, de estár radicada la succesion de estos bienes en Miguel Exarch; entra la question presente, que se reduce à averiguar, despues de la muerte del dicho Miguel, aquien pertenecian ex juditio testatoris estos bienes; y separando lo cierto de lo incierto, en primer lugar devo asentar; que à los substituidos, en caso de morir sin hijos Varones, no pudieron pertenecer, haviendo el dicho Don Miguel, dexado hijo Varon qual fuè, Vicente Exarch, segundo de este nombre; porque es cierto principio, que los substituhidos, baxo la condicion de morir el gravado sin hijos, muriendo con ellos, quedan excluydos, *ex defectu conditionis*, pues esta es la naturaleza del acto condicional, el qual totalmente depende del cumplimieto de la condicion, sin la qual *pro non facto habetur. l. certi conditio. 9. l. si pecuniam. 36. ff. si certum petatur. l. necessario. §. si pendente. ff. de periculo, & comodo rei venditæ l. 4. §. huius rei. ff. de pactis*, que son generales para materias condicionales, y en ellas lo siguen, y advierten, Menoch. *cons. 134. num. 3. cum seqq.* Surd. *de aliment. tit. 9. quæst. 4. num. 23.* Flamin. Paris. *de resig. tom. 1. lib. 1. quæst. 3. num. 27* Roland. *cons. 58. num. 14. vol. 3.* Don Ioannes del Castillo *controvers. tom. 4 cap. 55. à num. 4. & tom. 6. cap. 116. num. 5.* Parlador. *quotidian. diferent. diferen. 147. num. 5. num 5. cum seqq.* Don Ioseph Vela *disert. 16. à num. 31.* Y en terminos de condicion *si decesserit sine filijs. text.*

in l. filius familias. 114. §. cum erit ff. de leg. 1. ibi: *Cum erit rogatus, per fideicommissum, si sine filijs decesserit restitue-re, conditio defecisse videbitur, si Patri supervixerint filij.* *text. in l. cum vxori. C. quando dies legati cedat*, ibi: *Cum vxori vsufructus fundi legetur, & eius proprietas, cum liberos habuerit, nato filio, statim proprietas legati dies credit, nec quidquam obest si decedat.* Y en estos terminos como regla lo siguen Cephal. *cons. 649. num. 28.* Socin. Iun. *cons. 180. num. 40. volum. 2.* Peregrin. *art. 41. num. 4. & art. 43. num. 9. cum sequentib.* & ibi Censal. Fussar. *de substit. quæst. 614. per tot.* el Señor Casanat. *cons. 2. per tot. & signant. à num. 28.* Ciriac. *controv. 521. num. 8. & 19.* Vrceol. *consult. 70. num. 19. & consult. 82. num. 34. & 35.* Gratian. *discep. 747. nu. 24. cum sequẽtib.* el Señor Vicecanceller Don Christoval Crespi, *observat. 19. & 20. fere per tot. & passim. DD.*

46 Y es tan operativo el defeto del cumplimiento de la condicion, que aunque en el caso de la caducacion del grado de la substitucion, por la premoriencia de la persona substituida, que obra ipso iure el transito al grado subsiguiente *per regul. text. in l. vnica. §. pro secundo. & §. sin autem. C. de caduc. tollend.* y demas citados supra num. 44. si caduca el grado, y simul falta la condicion puesta en aquel, detiene el curso, y no passa al otro grado, ad late tradita por el Señor Casanate. *d. con. 2. per tot. & signanter à num. 3. vbi infinitos laudat.* Gratian *d. cap. 747.* Suelvez, *cons. 47. per tot. cent. 1.* & latissimè el Señor Crespi *observat. 41. per tot.* q̃ principalmente funda el no passar la succession al otro grado, por el defeto de la condicion, en el que à caducado.

47 Y bolvido al principal asumpto, de la exclusion de los substitutos, ex defectu conditionis, la razon en que se afianza esta solida jurisprudencia cõsiste en la misma voluntad del testador; Pues es precisse, que si en caso de morir sin hijos, quiso,

que

que los bienes passassen al substituto; se infiere, que en caso de morir con hijos, por la voluntad contraria, quiso, que los bienes no fuessen à aquel, por la regla de drecho, que dispone: *Quod sub vna conditione datur, sub contraria aufertur. l. qui duobus. 40. §. quidam Titio. ff. de cond. & demonst. l. comodissime. 10. ff. de liber. & postum. & melior text. in l. legata inutiliter. 14. ff. de adimend. legat.* ibi: *Nam purè legatum, si sub conditione adimatur, sub contraria conditione datum intelligitur.* Y en fuerza de estos textos, lo asienta, y sigue el Señor Vicecanceller Crespi. *d. observat.* 41. *num.* 27. ibi: *Hæc autem voluntas necessario, secum importat, & includit, absque alio actu voluntatis, sive absque alia volitione, vt in casu contrario, scilicet existentiæ liberorum, substitutus excludatur, quia quod vna conditione datur, sub contraria ademptum censetur. l. quibus duobus 40. §. quidam Titio. ff. de cond. & demostrat.*

48 De que se saca por legitima consequencia, que todas las substituciones subsequentes à la vocacion de Miguel Exarch, como fueron concebidas, baxo la condicion de morir sin hijos Varones, haviendo muerto con ellos, y por esta razon, no haverse cumplido la referida condicion, cessaron, y se tuvieron por no hechas, y por no escritas, para la total, y perpetua exclusion de los dichos substitutos, cuya vocacion dependia de morir el dicho Miguel sin hijos Varones, iuxta celebre concilium Oldrad. 21. seguido de todos, que no tiene contradictor respeto de la exclusion de los substitutos, y le siguieron Ioann. Andreas. Alexand. Ripa. Corn. Socin. Iazon. Decian. Riminal. Curt. Iun. Beltran. Paris. Alciat. Cravet. Roland. Menoch. Mantic. y otros citados por Peregrin. *de fideicom. art. 29. à n. 13. & à num. 22. cum seqq.* En donde con solidas razones, asegura por comun, y recibido su dictamen, esforzandole con las mismas en el num. 27. aun en el caso, que el testador, instituya vinculo de rigurosa

rosa agnacion, y con digresion à diferentes grados de substitucion perpetua, apoyando este mismo sentir, como el de Menoch. Socin. Chefal. Postio. Barret. Hondede. Gabriel. Parisio, y otros que cita, y los muchos, que añade Censal, su addicionador. *d. art.* 29. *num.* 27. y para esta materia, es celebre el consejo segundo, y quarto del Señor Cassanate *per tot. & signanter à nu.* 236. *cum seqq.* Ioseph Ramon *cons.* 100. *fere per tot. & signanter. à num.* 34. donde refiere muchas decisiones de diferentes Senados, y de la Rota *à nu.* 81. Fussar. *de subst. quæst.* 480. *per tot. omnino vidend.* Gratian. *discept. foren. cap.* 747. *num.* 26. & 27. Cyriac. *controver.* 281. *fere per tot. & punctim. à num.* 56. *cum seqq.* Y modernamente Ioannes Petrus Actolin. *resol.* 61. & 62. *fere per tot.* Ioseph Vrseol. *consult.* 70. Con grã copia de DD. antiguos, y modernos asientan, que por el defeto de la condicion, quedan todas las substituciones siguientes inutiles, con perpetua exclusion de los substituhidos, quidquid sit respeto de la vocacion de los hijos puestos en condicion, cuya question es totalmente distincta de la otra respectiva à la exclusion de los substitutos, y ambas nacen de la resolucion de Oldrado en el dicho *cons.* 21. *y la glos. in l. lucius. ff. de vulgar.* Y sino se procede con esta distinccion, se confundiràn acada passo las resoluciones de los DD. como magistralmente advirtiò el Cardenal de Luca *de fideicom. discurs.* 82. *num.* 3. ibi: *Ad equivoca igitur prædicta tollenda, & quo magis fieri potest veritatem indagandam, in pluribus responsis, præsertim in isto, & in alijs de quibus infra in discurs. proxime seqq. advertebam in hac materia, in qua comisceri solent, tamquam simbolisantes, ac pene in idem cadentes decisio in celebri consilio 21. Oldradi, & altera pariter celebris glos. in l. lucius ff. de vulgari procedendum esse cum plurium cassuum distinctione.* Y prosigue en los numeros siguientes explicando la distinccion, que se deve tener presente en quanto

à la

à la question resultante del cons 21. de Oldrado, que se encamina à la exclusion de los substitutos baxo la condicion *si sine filijs decesserit institutus* en caso de morir con ellos, y de la otra question resultante de la *glos. in d l. Lucius.* que se encamina à la vocacion de los mismos hijos puestos en condicion, de la qual se tratarà inferius.

49 Aunque por no haverse cumplido la condicion de morir Miguel Exarch sin hijos Varones, queda sentada por cierta, y constante la extinccion de las substituciones subsiguientes, y exclusion de las personas contenidas en ellas, como con los fundamentos, juridicos va fundado arriba; Pero queda por averiguar la question respeto de la vocacion de los hijos del dicho Miguel, por ser puestos sub conditione.

50 En esta tan celebre, como controvertida question, si se à de atender à la foral disposicion de aquel Reyno, parece estàr difinida à mi favor en el Fuero 45. rub. de testam. que se estableciò vnicamente, para desterrar lo dudosso de esta controversia, quedando decidido, el que si los hijos estàn puestos sub simplici conditione, no se entienden llamados à la succesion, à la qual se les dà vocaciõ, si sub duplici conditione se hallan puestos, prescribiendo el mismo Fuero la formula, assi de la doble, como de la simple condicion, que es la misma que advirtiò Peregr. *de fideicom. art. 12. num. 6. & 17.* Ioannes Petrus Fontanel. *de pactis nuptial. claus. 5. glos. 10. part. 2. num. 7. cum seqq.* Sesse *decis. 65. num. 19.*

51 Miradas con todo cuydado, y atencion las clausulas de la disposicion de nuestro testador, no se encontrarà en alguna de ellas, estàr puestos los hijos, sub duplici conditione, con aquella formula, y expresion de palabras, que prescribe el Fuero, qual es; *Si el heredero muriere sin hijos, y estos hijos murieren*

ren sin hijos; Antes bien, en todas las clausulas, en que estan puestos los hijos sub conditione, solo se hallan con la simple condicion ibi: *Si el heredero muriere sin hijos.* Y por consiguiente, segun la literal disposicion del Fuero de aquel Reyno, en fuerça de estar puestos sub simplici conditione, los hijos de Don Miguel, no se puede inferir estar llamados, antes bien, que quedaron los bienes libres, y agenos de fideicommisso alguno, como lodeclarò la Sentencia de aquella Real Audiencia.

52 Y la razon juridica, que afiança, la diversidad de estàr puestos los hijos sub simplici, vel duplici conditione es: Porque el estàr los hijos sub simplici conditione puestos, no les dà mas ser, que el que induce la misma condicion, la qual *nihil ponit in esse, antequam purificata sit. cap. verum de cond. apposit. l. si quis fundum ff. de contrahend. empt.* Bartol. *in l. quibus diebus. §. Sermilius. ff. de cond. & demost. nu. 15.* y cumplida la condicion, el acto censetur purò, desde su principio *l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores, &c.* ibi: *Cum enim semel conditio extitit, per inde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio inter posita est, sine conditione facta esset*; Y si no se cumple, como sucediò en el caso presente, la condicion *si sine filijs*, es lo mismo, que si no se huviera puesto, y el acto no se huviera hecho. *l. pecuniam. 36. ff. de reb. cred.* ibi: *Per inde enim est, ac si nulla stipulatio intervenisset. l. vnica. §. si autem. C. de cad. tollend.* Estas mismas razones, y textos pondera, y con gran viveza esfuerza para la sugeta materia Peregri. *art. 28. à nu. 8. cum seqq.*

53 De cuyos textos, infieren comun mente los DD. que la condicion no obra otro efeto, que purificar el acto, al qual se pone, como doctamente el Señor Casanate *cons. 2. num. 28. cum. sequentib.* el Señor Vicecanceller Crespi *observat. 20. num. 22. cum sequentib.*

54 Toma mayor eficazia esta razon, de otra

que se deduce de las palabras del *text. in l. legata inutiliter. ff. de adimendis legatis* ibi: *Purè legatum, si sub conditione adimatur, sub contraria conditione datum inteligitur:* discurro pues en esta forma, la substitucion hecha sub conditione de morir el heredero, sin hijos, se extingue, en caso de morir con ellos, que es la contraria: Luego, del mismo modo, que el estàr puestos los hijos en condicion, cumpliendose esta, solo obra, y puede obrar, la vocacion del substituto, contra el heredero; en caso de no cumplirse, solo obrarà, y podrà obrar à favor del heredero, y contra el substituto, *Quia contrariorum eadem est disciplina. l. 1. ff. de his qui sunt sui iuris. l. final. ff. de legatis. 3. l. in fundo. ff. de rei vendicat. cum vulgat.* Sesse *decis. 52. num. 38.* Cevall. *comun. contra comunes. tom. 4. quæst. 897. num. 884. cum alijs* apud Barbos. *in locis comunib. lit. C. num. 70.*

55 Pero quando los hijos estàn puestos sub duplici conditione, tienen circunstancias, que inducen vocacion à favor de ellos, qual es, el estar gravados, en caso de morir sin hijos, à restituir los bienes al substituto, de que se infiere por necesaria consequencia, que han de ser llamados por la regla, *quod nemo potest gravare; quem non honorat. l. denique. §. interdum. ff. de pecul. legato. l. proculus. ff. de usufruct. l. ab eo 9. C. de fideicom. glos. in l. alio. ff. de alim. legat.* Barthol. *in l. centurio. ff. de vulgar. & multis citatis* Peregr. *de fideicom. art. 12. num. 7.* Sesse *decis. 65. num. 19.* Fussar. *de substit. quæst. 457. nu. 130.* noster Belluga *in specul. Princip. rub. 41. §. leges Regni num. 54. vers. Et primo videamus.*

56 Bastava para total fundamento, de la libertad de los bienes, segun declarò la dicha Real Sentencia, lo que va ponderado, por particular disposicion de aquel Reyno; Pero aunque no estuviera de pormedio aquella, no se podrian considerar los hijos, y demàs descendientes del dicho Vicente

legata-

legatario, llamados à la succession de estos bienes.

57 Porque aunque es verdad, que en los puros terminos de la posicion de los hijos sub conditione, la mas corriente opinion ha sido y es; el no presumirse los hijos llamados, segun la celebre dotrina de la *glos. in d. l. Lucius. ff. de hæred. institut.* Y el comunmente recibido consejo 21. de Oldrado, de cuya materia *vidend. Iul. clar. lib. 3. §. testamen. quæst. 77.* y sus addiciones. Vincent. Fussar. *de substit. quæst. 437. per tot.* Anton. Peregrin. *de fideicom. art. 29. per tot.* y su observador Censal. el Señor Casanate, *consl. 4. per tot.* Ioseph Ramon *cons. 100. fere per tot. & signanter. à nu. 11.* Sperell. *decis. 154.* Actolin. *resol. 3. 46. 61. 62. & 90. vbi infinitos laudat.* Vrceol. *consul. 70. per tot.* Ioseph Altogrado *controver. 64. fere per tot.* Ioãnes Baptista Saminiati. *cons. 8. per tot post.* Altogrado vbi supra.

58 Pero los mismos DD. citados asseguran, que assi la *glos. in d. l. Lucius.* Como el consejo 21. de Oldrado, no tienen lugar en caso de concurrir en la posission de los hijos sub conditione, algunas cungeturas, que inducen presumpta voluntad en el testador, de la vocacion de los hijos, los quales con todos sus sequaces refiere el citado Fussar. *d. quæst. 437. omnin. vidend.* y de algunas recibidas en el Senado de Cataluña, Ioãnes Petrus Fontanel. *de pact. nupt. claus. 4. glos. 24. num. 7. & claus. 5. glos. 10. n. 3. cum sequentib. & decis. 146.* Peguera. *decis. 18. par. 2.* Cancer. *variar. resol. lib. 3. cap. 21. num. 94.* Sesse de su Senado de Aragon *decis. 65. per tot.* Contra las quales escrivieron animossamente Anton. Fabro. *de error. pragmatic. decade 26. error. 1. & sequen. & in suo C.* Fabrian. *lib. 6. tit. 20. de fideicom.* Ioannes Grivel, *decis. dolan. 125. à num. 52.* Anton. Bellon. *cons. 26. à nu. 61.* Capitius Galeot. *resol. 24.* Actolin. *d. resol. 61. per tot. & resol. 26.* Ioseph Vrseol. *consult. 70. per tot.* Con los innumerables, que estos citan,

que

que seria ofender con su prolixidad, lo reverente, concisso, y serio de este supremo Senado.

59 Y discurriendo en lo individual de la disposicion de nuestro testador, para excluir la vocacion de los hijos, y descendientes, puestos en condicion, despreciando las congeturas, que los citados DD. ponderan, ajustandome à lo mas solido de la Iurisprudencia, devo hazer recuerdo, de todas las circunstancias, que quedan advertidas, por singulares en la descripcion de las clausulas supra parafraseadas, de todas las quales, se infiere, y es precisso el decirse: *adeo testatorem diversè disposuisse, vt de vna clausula; ad aliam dificile argumentum vocationis procedat;* Segun la doctrina de Bartol. *in l. iam hoc iure 4. §. final. ff. de vulgari.* En donde prorrumpe en estas palabras: *Hoc ita tamen variè quia coniuncti, quidem propter vnitatem sermonis; quasi in vnum corpus reducti sunt, distincti vero, ab ipso testatoris sermone, sunt discreti.* Y lo advirtiò Fontanell. *d. claus. 5. gl. 10. par. 2. num. 27.*

60 Y en puntuales, y presissos terminos de la sugeta materia el Señor Vicecanceller Crespi. *d. observat. 19. fere per tot. & melius observat 20. à num. 1. cum seqq. & signanter à num. 15.* ibi: *Ex his omnibus satis clarè elicitur, quam diversa voluntate, & substitutione vsus sit testator in qualibet clausula, & quam verè & iustè in Sententia dictum sit, adeo diversè testatorem disposuisse, vt de vna ad aliam clausulam, dificile argumentum vocationis procedat.* Y prosigue con profunda, y discreta raciocinacion, en los numeros siguientes, no pudiendo dexar de dezir, que la disposicion de aquel testador, segun refiere el Señor Vicecanceller, en la referida observacion *20. à nu. 1. vsque ad 7.* Y la de nuestro testador, son tan parecidas, que no se hallarà en vna, circunstancia, que le falte à la otra, y aun en las primeras Sentencias, fueron muy conformes, y parecidas estas causas; pues en ambas se declarò à fafor de la libertad de los bienes, y en exclusion del

fidei-

fideicommisso, y por consiguiente parece, que en la causa de supplicacion lo deven ser, esperando de este supremo consejo, que assi como se confirmò la del Reyno de Mallorca, se confirmarà la de la Real Audiencia de Valencia, aun sin entrar à discurrir por el medio del segundo punto.

61 Y aun en caso de haver de atender à las cõgeturas, que ponderan los DD. no se hallan las bastantes, en la disposicion de nuestro testador, para la vocacion de los hijos, y descendientes de Miguel Exarch, pues si se quisiessen ponderar siete, quales son, ser la disposicion inter descendentes, ser inter masculos, exclusa fæmina, ser, no sola vna, pero muchas vezes puestos los hijos en condicion, ser, reciprocamente llamados, y substituidos, los que ocupavan el primer grado, proceder el testador, à diferentes grados de substitucion, ser llamada vltimamente persona menos predilecta, pues hizo vocacion de persona estraña, y tratarse de substitucion fideicommissaria, ninguna de estas congeturas, ni aun todas juntas son bastantes, para inducir vocacion de los hijos, y descendientes puestos en condicion, antes bien, todas estas congeturas, fueron despreciadas por el Iurisconf. Papiniano *in l. hæredes mei 57. § cum ita. ff. ad trebelian.* como advirtiò discreta, y fundamentalmente, del sentir del Senado Dolano Ioannes Grivel. *decis. 125. per tot. & punctim. à num. 52. cum sequentib.* que es magistral para esta materia, y como à tal, la recomienda el Señor Vicecanceller Crespi *d. observat. 19. nu. 5. & observat. 20. fere per tot.* Bellon. *d. cons. 26. nu. 61.* Antonio Faber. *de error. pragm. decade 26. errore. 1.* Y todas, y aun juntas con otras, se han despreciado, y comunmente se desprecian por la Rota Romana, y otros Senados, como lo advierte, y latamente sigue Ioannes Baptista Saminiati *d. cons. 8. à num. 9. cum sequentib.*

62 Y si se quieren ponderar por congeturas, el ser llamados en alguna clausula, los hijos del substituto, el ser concedida al vltimo substituto, la facultad de disponer ad liberas ędes, no por ellas se induciria vocacion, como latamente lo funda, y sigue el Señor Crespi *d. observat. 20. à num. 43. cum sequentib.* cuya grave autoridad, no necessita de mayor apoyo, ni exornacion, y mas en vista de haverla canonizado este Supremo Senado, en la decission que refiere num. 100. Pero si se necessitasse, se hallarà comprobada con los muchos DD. y decissiones, que refiere Ramon *d. cons. 100. à num. 121.* el Señor Casanate *d. cons. 4. per tot.* Actolin. *d. resol. 61. & 62. per tot.* Galeota *d. resol. 24. & 25.* Vrceol. *d. resol. 70. per tot.* Tondut. *resol. 125.* Ciriac. *cōtrov. 281 fer. per tot.* Ioannes Baptista Saminiati *d. cons. 8. à n. 81. & 19.*

63 Y vltimamente, si se quisieren ponderar por congeturas, el estar puestos los hijos repetidas vezes en condicion, con la calidad de masculinidad, y con la obligacion de traher nombre, y armas, tampoco inducirian vocacion de los hijos, y descendientes, ni impedirian la libertad de los bienes, en aquel que muriò con hijos Varones, como fuè Don Miguel Exarch, ni menos producirian perpetuacion del fideicomisso, como con clausulas mas rigurossas lo siente, y sigue el Señor Don Geronimo de Leon *decis. 60. per tot.* que es muy propria para nuestro caso, si se atienden las clausulas de Don Rodrigo de Borja, que refiere en el num. 2. y por haver muerto Don Iuan, y despues Don Francisco su nieto con hijos, aunque despues muriò Dō Bartholome su segundo nieto sin hijos, se declarò haver quedado los bienes libres, y que no tenia drecho à la succession de ellos Don Iuan el moderno, sin embargo de ser descendiente Varon, y agnado del dicho Don Rodrigo vinculador, y segun este sentir fuè desidido en aquella Real Audiencia

con

con la Sentencia, que refiere num. 50. apoyada con los fundamentos legales, que expressa en toda la sobre dicha decisión, y señaladamente la otra Real Sentencia, que transcribe à num. 45. que dize fuè confirmada en este Supremo Consejo, cuyas palabras son estas num. 47. ibi: *Cum ergo constet ex Hugone, natum fuisse Ioannem ex Ioanne, Alfonsum ex Alfonso, dictum Illustrem Sanctiam eosque, maiores viginti annis suis respective parentibus super vixisse sequitur necessario castra, &c.* Y en fuerza de estas palabras, se podria inferir semejante consequencia, para nuestro caso, diziendo, que como aya constado, y no se niega interpartes, que Don Vicente legatario, procreò en hijo à Don Miguel, y este à Don Vicente, los quales respective, sobrevivieron à sus Padres, se a de inferir por consequencia, que los bienes de esta herencia, quedaron libres en el dicho Don Miguel, y han de haver passado à sus herederos, sin el gravamen de fideicommisso, ni obligacion de restitucion alguna, que es lo que declarò en este caso la Real Sentencia, de qua est questio.

64 Y la razon legal, y juridica en que se fundan todos los citados DD. consiste, en que todas las substituciones, y la digressión ad plures gradus, hecha por el testador, dependen del cumplimiento de la condiciõ, de morir sin hijos, faltando la qual expiran, se tienen, y reputan por no hechas, y por no escritas, como pōdera doctamente de sentir comun de todos los DD. Ioannes Baptista Saminiati *d. cons. 8. à nu. 10. Moveor, quia filij Don Dominici Gardi fuerunt gravati ad restitutionẽ huiusmodi fideicõmissum, filijs Dõ Francisci Gardi, in casu quo decessisent sine filijs, sed illi decesserunt cum filijs: Ergo deficit conditio fideicommissi, & omnis substitutio evanuit.* Lo mismo expressa num. 15. y aun en caso que el testador, huviera hecho las substituciones, contemplando su agnacion, y con digrecion ad plures gradus, assienta *à num. 16. cum*

seqq.

sequentib. por cierto, que por morir con hijos el gravado, y por esta razon, faltar el cumplimiento de la condicion, quedan sin eficazia todas las substituciones, y del todo ineficaz, qualquier fideicommisso ibi: *Removetur praeterea dicta coniectura ex eo, quod dict. cons. Oldrad. 21. procedit in casu, in quo facti fuerunt plures substitutionum gradus, vt considerat Menoch. Bursat. Casanat. Ideoque huiusmodi coniecturam, digressionis ad plures gradus substitutionem, non esse admitendam, etiam coniunctam cum alijs coniecturis, & fideicommissum debeat intelligi retento eodem themate scilicet, si conditio sine liberis adimpleatur, secus tamen, si semel defecerit, per existentiam liberorum, tunc enim stante tali digressione, & alijs coniecturis, primae substitutioni, & caeteris subsequentibus, locus non existat, & omnibus sic substitutis, via succedendi praecludatur, &c.*

65 Y dado por negativa, que tuviesse cabimiẽto la opinion, que induce vocacion en los hijos puestos en condicion, por la fuerça de las congeturas, que van ponderadas, à favor del adversario; lo mas que se podia inferir era, que à estos bienes, fuè llamado Don Vicente, hijo del dicho Don Miguel; pero nunca se podria dezir, que el dicho Don Vicente, estaria gravado à restituhirles, ni à sus hijos, ni à otra persona alguna.

66 Porque aun los DD. que se afirman en la vocacion de los hijos puestos en condicion, solo afirman, y conceden, que esta vocacion es activa, y niegan totalmente ser vocacion pasiva, y con obligacion de restituir los bienes à otro substituto. Esta es proposicion cierta, y constante, y por tal la assegura, y sigue con grave erudicion Anton. Peregrin. *de fideicom. art. 29. à num. 22. cum sequentib.* donde funda su sentir con solidas, y juridicas razones, ampliandole, aun en caso, que el testador huviera instituhido fideicommisso de masculinidad, à favor de su agnacion, con orden succesivo, y con muchos

chos grados de substitucion, de vno in alium in infinitum; como es de ver num. 27. ibi: *Ampliatur preterea Oldrad. decisio ad casum, quando testator, fideicommissum masculinum, ad favorem agnationis, & masculorum constituisset, per plures gradus, sub conditione, si hæredes decederent sine filijs masculis, exclusis feminis, nam decedentibus ipsis, cum filijs masculis, quamvis postea, filij ipsi masculi decederent, sine filijs masculis, expirarent omnes substitutionum gradus, &c.* Y despues de gran copia de DD. con que lo exorna prosigue: *Etiam quod testator, collective, ac ordine successivo, plures vocaverit, per plures substitutionum gradus, & de vno in alium in infinitum, &c.*

67 Y aunque por la contraria refieren algunos DD. y expende diferentes razones *à num.* 30. *cum sequentib.* Pero en el *num.* 34. *alias* 38. se afirma con su primer dictamen ibi: *Ego autem pro viribus ingenij mei, sepe ac sepius perpetuo negotio, in oppinionem adversus fideicommissum, de facili consentirem, tum per rationes adductas supra num. 22. tum etiam, quia habemus iura decidentia, fideicommissa conditionalia, si sine filijs, conditione deficere, cum hæres gravatus, relictis liberis decedit, quidquid postea de filijs contingat. d. l. ex facto. §. si quis autem. ff. ad trebel. &c.* Y prosigue con summa erudicion en los numeros siguientes.

68 Con este motivo, y dictamen, corre Fusar. *de substit. quæst.* 480. *per tot. & signanter. à nu.* 1. *vsque. ad* 3. *vbi concordantes adfert omnino videndus.* Latissimamente el Señor Casanate en el citado Consejo 4. *fere per tot. & signanter à num.* 31. *cum sequentib.* Ioseph Ramon *d. cons.* 100. *à num.* 61. *cum sequentib.* Capyc. Latro *decis.* 1. *à num.* 34. *cum sequentib.* Ioannes Petrus Actolin. *resol.* 61. *per totam.*

69 Y para concluir con perfeccion en la sugeta materia, y no suceda, el que se confundan las resoluciones de los muchos DD. que hablan de ellas devo suponer, que supuesta la comun resolucion, que assegura, ser los hijos, y descendientes puestos

condició llamados diſpoſitivè ex iuditio teſtatoris; quando ſe hallan congeturas vrgentes, que perſuaden ſu vocacion: Entra la duda diſcreta, y primoroſſa, vtrum cenſeantur vocati, ſolum activè; eo ſi tambien ſe entenderàn llamados, con vocacion paſiva, y que les obligue à reſtituhir à los grados ſubſiguientes.

70 En eſta queſtion magiſtralmente, y con diſtinccion de diferentes caſos, habla el Cardenal de Luca, en el tratado *de fideicom. diſcurſ. 82.* Y ſupone la gran diferencia que ay, quando los hijos, eo deſcendientes, pueſtos en condicion, ſon llamados expreſamente, vel ab ipſo teſtatore, vel ex diſpoſitione ſtatuti, alicuius provintiæ, como del que refiere el miſmo Cardenal de Luca *vbi ſupra diſcurſ.* 74. eo quando no ſon llamados expreſſamente, ſino tacitè, induciendo eſta vocacion ex coniecturata mente teſtatoris. En el primer caſo, ſi concurren las congeturas aprobadas, la vocacion de los pueſtos en condicion, no ſolamente es activa, ſino que es paſiva, y continuativa del fideicommiſſo à favor de los demas deſcendientes, y faltando aquellos à favor de los otros ſubſtitutos; Pero en el caſo, de que los pueſtos en condicion, no ſon llamados expreſſamente, nec ab ipſo teſtatore, nec ab ſtatuto, ſive lege municipali, ſi concurren congeturas baſtantes, ſe entienden llamados con vocacion activa pero no convocacion paſiva; de forma, que no ſe hallan con obligacion, de reſtituir los bienes à ſus hijos, y demas deſcendientes, ni en falta de aquellos à los otros ſubſtitutos, cō eſta ſupoſicion prorrumpe el Cardenal de Luca *d. diſc. 82. poſt num.* 8. ibi: *Secundo, ſatis differre caſum, in quo vtramque vocationem, activā, & paſivā, cum duplici limitatione ex coniecturis deducere oporteat; & caſum in quo ex iure municipali, vel diſponentis expreſſa diſpoſitione, vocatio activa, ſit certa, vnde coniecturæ deſerviunt ad ſolā paſivā vt advertitur in d. Romana de maxi-*

H *mis*

mis decis. 18. par. 8. recentior. & d. discurs. 84. ex ea, nimium plana, & convincenti ratione, quod facilius sit, vna opperatio, quam fiant; duæ, vel plures. Y prosigue post num. 10. resolviendo à favor de la vocacion pasiva, y continuacion del fideicōmisso, en los subsiguientes grados de substitucion, por quanto en el caso de su contingencia, constava de la expressa vocasion activa, ex iuditio testatoris, & ex dispositione statui vrbis. Y las congeturas, havian de obrar su debido efeto, à favor de la vocacion pasiva ibi: *Respondi probabilius ad favorem filiorum substituti, respondendum videri, & sic pro vocatione etiam pasiva, quoniam vocatio activa, erat certa, ex iuditio expresso testatoris, qui in verbis voluit ac declaravit, filios in conditione positos, censeri vocatos; vnde propterea coniecturis, alia operatio danda non erat, nisi illa, vocationis pasivè, &c.*

71 Y la razon de esta diferencia, solamente insinuada por el Cardenal de Luca consiste, en el principio de drecho, que dispone por regla, *quod duo specialia. non possunt concurrere circa idem. l. cum post. §. gener. & ibi glos. de iure dot. l. 1. C. de dotis promissione. cap. singula 89. distin. & ibi DD.* De cuyo principio infieren otro qual es: *Quod ex imaginatione, imaginatio alia non resultat, neque coniectura ex alia coniectura inducitur, nec tacitum influit ad aliud tacitum, nec servitus, ex alia servitute vulgata lex. 1. ff. de vsufrut. cum concordantib.* Socin. Menoch. Peregr. y otros citados por el Señor Casanate *d. cons. 4. num. 279.* Surd. *cons. 329. n. 12.* Ramon *cons. 100. num. 260.* el Señor Crespi *d. observat. 20. à num. 60.*

72 De cuya Dotrina, formo esta eficaz raciocinacion: En el caso de nuestra contingencia, el suponerse llamados los hijos, y descendientes, del dicho Vicente legatario, no nace, de la voluntad expressa del testador, sino de la presumpta, congetural, y tacita vocacion, de hallarse puestos en condicion: Luego de esta vocacion tacita, y congetural activa

no

no se puede inferir vocacion pasiva, y gravamen à favor de los nietos, y descendientes de aquellos.

73 Y aunque respeto de los hijos, y descendientes del primer gravado, se pudiesse inferir alguna perpetua vocacion, y gravamen de restituhir los bienes de vno en otro, y por esta razon no se pudiessen considerar los bienes libres en Don Vicēte, nieto de Don Vicente legatario, sino obligados à restituirles à sus hijos, y demas descendientes qual es el Marquès actual; Pero no se podria considerar el dicho Don Vicente el segundo, obligado à restituir estos bienes à Don Miguel Exarch, que moviò la instancia, ni menos à Don Francisco Exarch, que la prosiguiò, de quien se considera descendiente el Conde de Peñalva; porque de aqui se inferiria, que los hijos, y descendientes del dicho Don Vicente legatario, como puestos en condicion, estarian reciprocamente substituidos, y gravados, con gravamen reciproco, en fuerça de la vocacion tacita, y congetural, resultante, de estar puestos en condicion, lo que es contra toda verdadera Iurisprudencia, en materias de fideicommisso, como resolutamente advirtio Surd. *cons. 329. per tot.* Ioseph Ramon *d. cons. 100. num. 261.* Ioseph Altogrado. *controv. 64. â num.* 35. ibi: *Sed quando etiam dicti descendentes, posent dici vocati, nedum per vulgarem, sed etiam successivè, per fideicommissum, quod tamen expresse negatur, dicendum tamen non esset, eos esse inter se, se reciproco fideicommisso, gravatos; facilius enim admititur fideicommissum descensivum, quam reciprocum, & ideo non obstante, quod ipsi, vti vocati, per nomen colectium plurium personarum, & gradum, deberent de vno in alium successive, bona per fideicommissum restituere, nihilominus, inteligeretur, quilibet eorum gravatus ad favorem propriorum descendentium, non autem ad favorem transversalium, & sic descensive, non autem reciprocè, &c.* Lo que funda, y exorna, con grave erudicion en los numeros siguientes, y en este mismo

sentir

sentir concuerdan Cæsar Carena *resol. 220. num. 4.* Anton. Peregrin. *de fideicom. art. 13. n. 89.* Ioannes Petrus Actolin. *resolut. 90. num. 48. 51. & sequentib.* el Señor Crespi *d. observat. 20. à nu. 60. cum sequentib.* con los muchos, que cita Fusar. *de substitut. quæst. 479. à num. 78. cum seqq. & punctim. quæst. 441. per tot. & signanter à num. 1.* el qual, aunque cita por la contraria algunos DD. en el num. 2. Pero con desprecio de todos ellos concluye diziendo: *Existimo ego, temerarium esse à prima opinione recedere, consulendo, & iudicando: est enim longè magis recepta; & pluries pro secunda opinione citati, non dicunt id, ad quod allegantur.* Y en los siguientes numeros prosigue ponderando las razones juridicas, que afianzan lo verdadero, y solido de esta opinion.

74 Y aunque los DD. que van citados, bastantemente asseguran, y decisivamente, resuelven à favor de la exclusion de la reciproca vocacion, y gravamen de los hijos puestos en condicion; Pero no puedo omitir, para la sugeta materia el docto, y magistral consejo 12. de Iuan Anton. Bellon. per tot. que parece le escriviò, para los precissos terminos, de nuestra contingencia, en el qual se dudava, si quedò purificado el fideicommisso ordenado para los descendientes Varones de aquel testador, à favor de Don Melchor, y Don Luis, por haver muerto sin hijos Varones, Don Gabriel vltimo possehedor, dexando en hija legitima, y heredera à Doña Beatriz, que pretendia, no solo la exclusion de los substitutos; sino la libertad de los bienes à su favor. Y con solidissimas razones de drecho, y grave erudicion de los mas clasicos autores, controvierte las questiones, que ocurrian en aquella contingencia, que son las mismas, que se deven disputar en esta, de qua agimur, y las resuelve todas à favor de la hija del vltimo possehedor, cuya resolucion, à de tener lugar à favor del Marquès mi

parte, pues es descendiente de la dicha Doña Leonor, hija de Don Vicente el segundo, vltimo possehedor, con mas eficaz razon, pues la dicha Doña Leonor, premuriò à su Padre, dexãdo en hijo, à Dõ Pedro Bellvis, que como se fundarà mas abajo, como nieto del dicho Don Vicente el segundo, y descendiente Varon de la linea, en que estava radicada la succesion, estava comprendido expressamente, en la vocacion de los descendientes Varones de Don Vicente legatario.

75 De todo lo qual parece, haverse de inferir por legitima consequencia, que los bienes, quedaron libres, en Don Miguel Exarch, por haver muerto con hijo Varon, que fuè Don Vicente, segundo de este nombre, y por esta razon, aunque dicho Don Vicente muriò sin hijos Varones, ni pudo tener drecho alguno à la succesion de dichos bienes, Don Miguel Exarch, que susitò, la instancia, ni Don Francisco su hijo, que la prosiguiò, como declarò la Sentencia de la Real Audiencia de aquel Reyno; y quando pudiesemos considerar, que los bienes no quedaron libres en dicho Don Miguel, sino que devieron passar à Don Vicente su hijo, como puestos en condicion, aunque despues muriò sin hijos Varones, no por esso hemos de dezir, quedò obligado, à restituhirles à Don Miguel Exarch su Primo hermano, no constando de substitucion alguna reciproca à favor de los transversales, qual lo era, el dicho Don Miguel, respeto del dicho Don Vicente, segundo de este nombre, por muerte del qual pretendia suceder dicho Don Miguel.

PVNTO

PVNTO SEGVNDO.

EN EL QVAL SE FVNDARA, QVE EN *caso de considerarse fideicommisso perpetuo, no lo serà de rigurosa agnacion, de masculinidad, ni de otra forma qualificado, el de nuestro testador, sino regular.*

76 NO haviendo necessidad de discurrir por el medio, que se introduce en este segundo punto; pues si los bienes quedaron libres en Don Miguel, hijo de Don Vicente legatario, y por consiguiente, todo fideicommisso, quedò extincto; segun el dictamen de la Real Sentencia, y autoridades legales, que en su comprobacion, quedan ponderadas, yà no ay que averiguar, si el fideicommisso de nuestra especie, es regular, eò de rigurossa agnacion, eò de masculinidad, *quia nullius entis, nullæ sunt qualitates; l. eius qui improvintia vers. quoniam. ff. si certum petatur. l. 4. §. Condemnatum. ff. de re iudicat. cum vulgat.* Anton. Gomez *variar. tom. 1. cap. 1. num. 9. & aljs congestis* à Barbos. *in locis comun. lit. N. num.* 24.

77 Pero, porque no quede puerta habierta à la contingencia, y arbitrio, en la declaracion, que se espera, se entrarà de lleno à manifestar, que segun el contexto de la disposicion de nuestro testador, no fundò fideicommisso de rigorossa agnacion, ni menos de masculinidad; sino regular, y por consiguiente, haviendo Dō Vicente, tenido en hija à Doña Leonor Exarch, de quien fuè procreado en hijo legitimo Don Pedro Bellvis, que sobreviviò à su madre, y al dicho Don Vicente su Ahuelo, huvo de suceder dicho Don Pedro, en estos bienes, con exclusion total de Don Miguel, y sus descendientes.

78 Para lo qual supongo por regla, que los fideicommissos, mas presto se presumen regulares;

que

que agnaticios, masculinos, ni de otro modo qualificados, pues la succession regular, como mas conforme al drecho divino, y humano es la que se presume en los testadores *l. semper in stipulationibus. ff. de reg. iuris.* De forma, que como los fideicommissos, por naturaleza sean regulares, solo se pueden desviar de su natural ser, por la qualidad, que se les añade, y como la qualidad *vtpote accidentalis, non præsumatur, tamquam quid facti: l. in bello 12. §. Factæ. ff. de captivis & postliminio revers. cum vulgatis* Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 14. num. 1.* Don Ioseph Vela *diser. 48. â num. 1.* ni de agnacion, masculinidad, ni otra alguna qualidad se puede presumir en los fideicommissos, mientras, que de ella no conste por la misma voluntad del testador *iuxta text. in l. cum ita 32. §. in fideicommissis. ff. de legat. 2.* ibi: *Nisi specialiter ad vlteriores, voluntatem suam extenderit.*

79 Y no basta qualquiera voluntad, sino que se necessita de clara, y expressa, vel saltim inducida, de congeturas tan vehementes, que persuadan, y aun, cautiven el entendimiento, â creher ser aquella la mente del testador *text. in l. si plures 24. in fine. ff. de vulgar.* ibi: *Nisi fortè alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum. l. ex facto 43. §. 1. eodem tit.* ibi: *Nisi contraria voluntas testatoris apertè ostendatur. l. si pluribus 33. l. licet imperator. 74. ff. de leg. 1. cum. concordantibus* Molin. *de hispan. primog. lib. 3. cap. 4. à num. 32. cum seqq. & ibi addentes.*

80 De cuyo elemental principio, infieren los DD. que como la succession de los mayorazgos, y fideicommissos en nuestra España, se govierna, por el mismo drecho, y forma de suceder en el Reyno; y su Real Corona; assi como de esta, no es excluida la hembra, sino es en concurso de Varon de la misma linea, y grado. Molina *lib. 1. cap. 2. num. 13.* Gregor. Lopez *in l. 2. tit. 15. part. 2.* Anton. Padilla. *in rub. de fideicom. num. 6.* Gutierr.

Can.

Cano. *quæst. lib. 2. cap. 14. n. 7. & 10.* Don Ioannes del Castillo *lib. 5. cap. 93. num. 8. verf. octava. conclus.* Roxas *de incompatib. par. 1. cap. 6. num. 21.* Tampoco de la succesion del fideicommisso, y mayorazgo regular, segun su ser nativo, deven quedar excluidas las hembras, ni pueden ser preferidas, sino en caso que concurra Varon de la misma linea, y grado; deforma, que en caso de haver hija del vltimo, y legitimo possehedor, prefiere en la succesion al Tio, à sus Primos hermanos, y à qualquier otro Varon aunque sea agnado, respeto del vinculador. Assi la difiniò el Sacratissimo Consistorio de la Santissima Trinidad, como refiere el Sagrado text. del cap. 27. de los numeros. Muriò Salphaat, vno de los Principes de los Tribus de Ysrael, dexando solo hijas Princessas. Pretendieron sus Primos hermanos; como Varones suceder; comparecieron las Nobles Señoras en Iuyzio, delante de Moyses, y Eleazar Sacerdote, y hizieron pedimiento de los bienes del difunto su Padre ibi: *Date nobis possessionem inter Cognatos Patris nostri.* Refiriò la causa Moyses, al Tribunal de Dios ibi: *Retulit quæ Moyses causam earum, ad iuditium Domini*, y respondiò la sabiduria divina, pronunciando Sentencia, à favor de las hijas ibi: *Iustam rem postulant filiæ Salphaat, dà eis possessionem, inter cognatos Patris sui, & ei in hæreditatem succedant.*

81 De este, y de otros Sagrados textos se vale Don Luis de Molina *de hispan. primog. lib. 3. cap. 4. à nu. 1.* Gaspar Anton. Thesau. *quæst. foren. lib. 2 q. 12. à num. 6.* Ioannes Decher. *disert. lib. 1. disert. 1. cap. 2. num. 17.* Y por comunmẽte recibido, y decidido en los mas graves Senados del Orbe, lo assegura Ioseph Ramon *conf. 100. fere per tot.* que fuè canonizado de la Rota Romana *decis. 165. part. 8. recentior. nu. 18. cum. sequentib.* Cesar Caren. *resol. 128. num. 16.* Don Pedro Quesada *diser. 20. à num. 41.*

Don Luis de Peguera *decis.* 114. Suelvez *centur.* 1. *consil.* 95. *num.* 7. Anton. Gama. *decis.* 354. *num.* 6. Ioannes Franc. Martian. *tom.* 1. *disp.* 5. *num.* 34. Capyc. Latro. *decis.* 4. *num.* 2. *Toro voto.* 88. *nu.* 17. *cum seqq.* Barbat. *de fideicom. maiorat. & primog. par.* 1. *cap.* 4. *inspect.* 4. *nu.* 42. Giovagnon. *lib.* 2. *resp.* 11. *nu.* 13. Don Iuan de la Rea *decis. granaten. decis.* 34. *num.* 19. Don Ioseph Vela *disert.* 49. *à num.* 52. el Señor Leon *tom.* 3. *decis.* 1. *à nu.* 115. Ioannes Baptista Marot. *disp. foren. cap.* 12. *num.* 12. el Cardenal de Luca *de fideicom. discurs.* 210.

82 De este supuesto, infiero por constante conclusion, que haviendo muerto Dõ Vicente Exarch, verdadero, y legitimo possehedor, y en el qual estava radicada la succession de estos bienes, dexando à Don Pedro Bellvis su nieto, hijo de Doña Leonor Exarch, hija vnica del dicho Don Vicente Exarch, al qual premuriò; deviò, à dicho Don Pedro, y à sus descendientes legitimos, (de quien lo es verdaderamente el Marquès de Benavites) pertenecer la succession, con total exclusion de Dõ Miguel Exarch, que moviò la instancia, y de todos los demàs pretensores, que despues de aquel, la han querido continuar, pues no se halla en todo el contexto de la disposicion de nuestro testador, congetura, ni clausula alguna, que induzga voluntad de fideicommisso agnaticio, ni de masculinidad, ni de otra especie, que le constituya irregular, y qualificado; y por consiguiente, devemos estar al principio solido, en materia de mayorazgos, que govierna la succession, atendiendo primero à la linea; y sin salir de ella, al grado, y en este, al sexo, y en los limites de este, à la edad Domin. Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 4. *nu.* 14. *& ibi addentes.* Dõ Ioã del Castillo *controv. iur. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 79. De forma, que no se excluye de la successiõ la hẽbra, ni puede ser esta preferida por el Varõ de otra linea. Molin. *d. c.* 4.

num.

54. *& cap. 6. num. 31. cum seqq.* Alvarad. *de coniectu-rat. mente testator lib. 2. cap. 3. §. 3. à nu. 17. cum seqq.* Castillo *lib. 3. controver. cap. 15. nu. 52. & lib. 6. cap. 160. num. 1. cum sequentib.* Anton Gomez *ad l. 40. Tauri à num. 66.* Avendaño *ad d. l. glos. 17. num. 26. cum sequentib.* Tiraquel. *de iur. primog. quæst 19. n. 21.* Decian. *cons. 98. nu. 13. lib. 4.* Menoch. *cons. 926. num. 34. & seqq.* Marta. *de succes. legal. par. 8. q. 21. art. 16. n. 16. cũ sequentib.* Alexand. Raudens. *de ana-log. cap. 15. nu. 290.* Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 24.* Surd. *cons. 216. num. 38.* Thesaur. *d. quæst. 12. nu. 43.* Bellon. *cons. 1. nu. 232.* Fusar. *de substat. quæst. 385. num. 22.* Marin. *lib. 2. resolut. 126. num. 35.* Censal. in observat. ad Pereg. *art. 20.* Cabedo *de-cis. 20. & 208.* Anton. de Amato *variar. resol. lib. 1. resol. 10. nu. 3.* Fontanel. *de pactis nupt. tom. 1. claus. 4. glos. 9. part. 3. num. 13. cum seqq. & decis. 34. per tot.* Don Ioseph Vela *d. disert. 49. fere per tot. & signanter. à num. 46. cum sequentib.* Don Ioseph de Rosa *consult. 69. à num. 7. cum sequentib.* el Señor Leon *tom. 3. de-cis. 1. per tot.*

83 Miradas con cuydado las clausulas de la disposicion de nuestro testador, no se encontrarà circunstancia, inductiva de agnacion rigorosa, ni de qualidad de masculinidad, ni exclusiva de la succession de las hembras; lo que era precisso, para denegar la succession à Doña Leonor, hija del di-cho Don Vicente, vltimo possehedor, y con menos razon, à Don Pedro Bellvis su hijo, como và fun-dado. Lo que se convence, pues respeto de la ex-pressa agnacion, y masculinidad, exclusiva de las hembras, no ay que discurrir, pues no se hallan ex-presivas palabras, que la acrediten, y por consi-guiente podemos dezir con el vulgar accioma *de tè non loquitur hoc casu substitutio.* Tan repetido en mate-rias de fideicommisso. Peregr. *de fideicom. art. 1. nu. 26. & art. 11. num. 37. cum alijs congestis* por el Señor

Casanat.

Casanat. *d. consf. 4. à num. 8.*

84 Respeto de la congetural, tampoco se puede inferir, quando no ay congeturas vehementes, que la persuadan, antes bien, se halla expressa vocacion de las hembras, como se convence de la clausula 4 8. 10. y 13. y es proposicion de regla, que quando el testador, en alguna clausula de su disposicion, llama expressamente à las hembras, no se entiende, que en las otras clausulas, contemplò rigurosamente su agnacion, ni quiso excluir las embras, por los Varones mas remotos, y distantes en grado de aquella, si solo excluirlas, en grado igual, y dentro de la misma linea, en que concurren los Varones con las hembras, este fuè original sentir de Bald. *consil. 473. lib. 5.* à quien siguiò Molin. *dict. lib. 3. cap. 5. nu. 50.* ibi: *Septima conclusio, quod quoties in aliqua parte, seu clausula primogenij, vocantur fœminæ, etiam si plures in eo Primogenio, masculi vocati fuerint, in eo, non censetur habita agnationis ratio, sed solum prælatio masculinitatis, tributa, ita vt in eorum defectum, fœminæ eiusdem gradus sucedant.* A cuyo sentir, ademas de los citados por el dicho Molina, se añaden Decio. *consf. 370. num. 3.* Paris. *consf. 78. num. 27.* Cravet. *consf. 250. num. 1. & sequentib.* Alexan. *consf. 22. nu. 2.* Menoch. *consf. 113. num. 16. & consf. 585. num. 12. lib. 6. & præsumpt. lib. 4. præsumpt. 69. n. 10.* Mantic. *de coniectur. lib. 6. tit. 15.* Petra *de fideicom. quæst. 9. n. 195.* Rota apud Farinac. *decis. 486. num. 4. par. 1.* y citando à Gutier. Peregr. Prætis. Mierez. Gabriel. Avendaño. Velazquez. Honded. Pedroch. y otros. Don Iuan del Castillo *controvers. lib. 2. cap. 4. fere per tot. & punctim. num. 178.* Y es celebre en esfuerzo de la proposiciõ, q̃ va fundada en el consejo 100. de Ioseph Ramon *fere per tot. & signanter. à num. 406. cum seqq.* Fussar. *de substit. quæst. 499. nu. 22.*

85 Y aunque Fussar. *de substitution. d. quæst. 499. num.*

num. 23. refiere por la contraria opinion à Bald. Angel. Ancharan. Corne. Socin. Iun. Curt. Gregor. Lopez. Anton. Gabriel, y otros; Pero en el num. 24. consiliando estas dos opiniones de sentir de Peregr. sic ait: *Has autem pugnantes opiniones concordat Pereg. de fideicom. art. 25. num. 26. aut testator prætulit omnes descendentes, & agnatos masculos, fœminis, & deficientibus masculis, substituit fœminas, & tunc procedat secunda opinio. Aut vsque ad certum gradum prætulit descendentes masculos, vel agnatos, & illis deficientibus substituit fœminas, & tunc non dicitur factum favore conservandæ agnationis, sed solum favore illarum personarum, quas prætulit fœminis, & hoc casu, habet locum prima opinio. Sed melius mihi videtur sentire in hoc casu Molin. d. cap. 5. num. 50. qui vult, inter masculos vocatos vsque ad illum gradum, censeri habitam rationem agnationis, sed tamen non posse fieri extensionem de persona ad personam, &c.* Este parece ser el caso de nuestra contingencia, pues el testador, no prefiriò à los Varones, excluyendo todas las hembras, sino que aquellos prefiriò à estas en el primer grado, esto es entre sus hijos, ò en falta de estos, substituyò à las hijas, con que se infiere, que en caso, que por esta razon se entendiesse contemplada la agnacion, solo seria entre estos hijos, y el grado, que ellos componen, sin que pueda extenderse esta contemplada agnacion, à los descendientes, y grados de substitucion, que siguen, à aquellos.

86 Por regla cierta, y constante en terminos de drecho, asienta la proposicion, que và fundada en el numero 82. Capyc. Latro. *d. decis. 217. num. 37. circa finem* ibi: *Et sic cum fœminæ non sint perpetuo exclusæ, sed tantum masculis existentibus, & eatenus excluduntur, quatenus sunt in eodem gradu; non videtur habita ratio agnationis conservandæ, &c.* Y mas à nuestro intento *decis. 128. à num. 19.* ibi: *Secundo, dicebatur ex alio in totum excludi præsumptionẽ agnationis conservandæ, ex masculorum vocatione; quia in casu mortis Aloysij absque filijs, in*

 vsum

vsum fructum instituit Lucretiam de Mauro eius matrem, ac Ysabelam Monticellam sororem, & post earum mortem, filios, & descendentes ex Antonia Monticella eius sorore, qui erant de alia, & quando testator in eodem testamento in certum casū, fœminas vocavit, tunc omnino per masculorum nominationem ratio agnationis conservandæ excluditur, vt decisum refert Rota Romana, &c.

87 Y à favor de la hermana del vltimo posseedor, contra los Varones agnados de otra linea, que son terminos mas fuertes respeto de la hija del vltimo posseedor, escriviò Francisco Censalio in observat. ad Peregr. *art. 20. in suo responso.* por Doña Dorotea Castillo *fol. mihi 29.* Y entre otras cōclusiones, que por ciertas supone, es la siguiente fol. 31. ibi: *Tertia conclusio sit, in articulo & quæstione principali, de qua agitur magis recepta, atque servata, filiam sive sororem vltimi possessoris, ad primogenituræ, seu maioratus successionem, mortuo Patre, sive fratre exclusis masculis vlterioris lineæ, fore admitendam, quamvis masculi in institutione maioratus, cum prælatione ad fœminas fuissent vocati, ita enim erudite probant, & pro hac conclusione consulti responderunt, &c.*

88 Y despues de fundar este sentir, con juridicas razones, y exornarle con autoridades, exemplares, y decisiones de los mas graves Senados, que refiere, dando satisfacion à los obices, que se ocurrian, tratando del que se podia ponderar tocante à la contemplada agnacion resultante de la vocacion repetida, y geminada, de los Varones en el versic. *Respondetur* dize: *Respondetur enim, per hanc vocationem masculorum, ita quod semper fœminis veniant præferendi, non posse dici fuisse habitam rationem conservandæ agnationis, sed tantum, prædilectionis masculorum in paritate gradus, vt declarat Molina, &c. quod quamvis subiecerit testator, ac erector maioratus, se velle, quod bona perpetuo integrè, ac semper remaneant, in sua familia, non tamen sequitur fore habitam rationem, agnationis conservandæ, quia*

non

non semper familia significat agnationem; &c. Y prosigue en el siguiente versic. ibi: *Neque verum est, quod simpliciter ex vocatione masculorum, inducatur coniectura conservandæ agnationis, quando in aliqua parte testamenti, sunt vocati cognati masculi, licet cum onere ferendi arma, & insignia testatoris, prout individualiter advertit Molina lib. 2. cap. 14. & lib. 3. cap. 5. num. 76. cum seqq. Vbi tradit, quod ex solo præcepto delationis nominis, & armorum in primogenijs apposito, non desumatur agnationis conservandæ coniectura, ita vt fœmina, per masculum alterius lineæ, & remotioris, veniat excludenda, & ex Hispaniæ consuetudine, gravamen hoc nominis, & armorum, æque à fœmins, ac à masculis adimpleri valet, prout etiam subdit Molina, &c.*

89 Y modernamente con gran copia de autores lo exorna, y sigue Ioannes Franciscus Marota discep. foren. cap. 12. num. 88. ibi: *Supradictam Sententiam confirmat, & porrò in aperto constituit, quod in fortioribus terminis DD. tradidere; vt si dictum esset, quod masculi, semper fœminis præferantur, dicta verba, non omnem successionis casum respiciunt; sed quod inter nepotes, pronepotes, cœterosque descendentes, in pari gradu existentes, masculus præferatur, non autem si sint alterius lineæ, aut gradus, nam tunc fœminæ proximiores, masculis remotioribus præferuntur, &c.*

90 Y quando, sin perjuyzio de la verdad, se pudiesse dezir, que nuestro testador, huviesse contemplado la agnacion, y segun ella, huviesse instituhido, y fundado mayorazgo de rigorosa agnaciõ, solo podria entenderse, respeto de Ioan Luis Angel su hijo primogenito, y los descendientes de èl, mientras durasse la rigorosa agnacion de dicha linea, esto es; hasta que durassen los descendientes Varones de Varones, como lo cantan las palabras de la clausula hereditaria, que persuaden claramẽte, que en falta de Varones agnados de la linea del dicho Iuan Luys, fuerõ llamadas las hijas, en la vna mitad de los bienes, y en la otra metad, fuè expressamente llamado Vicente hijo segundo, lo que no tie-

tiene incompatibilidad, en terminos de mayorazgo, pues este se puede considerar de rigorosa agnaciõ, vsque ad certas personas tantum, segun la original dotrina de Molina *d. lib. 3. cap. 5. à num. 50.* Rojas *de incompatibilit. par. 3. cap. 4. num. 7.* Don Ioannes del Castillo *lib. 5. cap. 92. num. 6.* Alvarad. *de coniectur. mente lib. 2. cap. 3. num. 28.* Don Ioseph Vela *disert. 49. num. 30.*

91 De aqui se infiere por consequencia legitima, y fundada, que fenecida la succesion en los descendientes agnados de Iuan Luys Angel heredero, haviendo por falta de estos de passar, y transitar, segun la expressa vocacion del testador, à Vicẽte Exarch legatario hijo segundo, y hermano del dicho uan Luis Angel, no pasò cõ la calidad de rigorosa agnacion, sino de succesion regular, pues la agnaciõ, solo fuè contemplada, en los hijos, y descendientes del dicho Luys Angel Primogenito, y heredero, y limitada para los de su linea, y por consiguiente, no se deve extender à otros grados, ni personas Molin. *de primog. lib. 1. cap. 5. num. 37.* Peregr. *de fideicom. art. 25. num. 26.* Castillo *controv. lib. 5. cap. 92. num. 6.* Sardo *cons. 326. num. 13. & cons. 475.* Don Ioseph de Rossa *consult. 69. num. 29.* Don Hieronim. Rocca *sel. Ictar. disput. tom. 1. cap. 33. num. 36.* Y de sentir de la Rota, Gracian. el Señor Cassanat. Ramon, y otros Petrus Franciscus de Tondut. *resol. civil. par. 2. cap. 130. fere per tot. & signanter à num. 4.*

92 La razon consiste, en que la causa de ser en los hijos, y descendientes del primogenito, el mayorazgo de agnacion rigorosa, era contra su naturaleza, y por la limitacion, y afeccion contemplada por el testador, con que cesando esta limitacion, y afeccion en los descendientes del segundo genito, no obrando en ellos la limitacion, bolviò el mayorazgo à su ser natural, y à ser regular *quia*

res faciliùs redit ad suam naturam, quàm in contrarium conti-nuatur. l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. ff. de pactis l. cum filius 76. § hæres meus infine ff. de legat. 2. muy al inten-to Don Iofeph Vela, *d. dissertat. 49. num. 69.* ibi: *Nam licet simpliciter ita disponat, nec taxativa aliqua dictio-ne vtatur, talis quidem agnatio, vtpote exaccidenti, ac præter maioratus naturam eveniens, ad alios gradus, vel lineas ex-tendi non debet, tum ex vulgari reg. quod facta, & accidentia non præsumuntur; tum etiam ex alia, qua docemur, quod li-mitata causa, limitatum producit efectum. l. imperator 8. ff. de postulando, &c.*

93 Y dà la razon Altograd. *d. controv. 68. num. 64.* ibi: *Ratio enim agnationis conservandæ, contemplata quoad lineam Don Angeli, aliquem efectum extra eam, operari non posset.* Lo que exorna con el sentir de la Rota, Surd. Molin. Ramon. Fusar. Giurb. Addent. ad Molinam, y otros que cita. Y modernamente Don Geronimo de Ganaverro. en el celebre *consejo 1. post decissiones fere per tot. & signanter à num. 71. vsque ad 83.* que es digno de verse para la sugeta materia Francisco Marot. *discept. foren. cap. 12. à num. 112.* con los muchos, que cita, y expende; los quales, todos ponderan por razon de decidir, el que por ser contemplada la agnacion, para ciertos grados, no se deve extender à otros, ni deve en las personas de ellos, obrar efeto alguno.

94 Y se deve tener presente en nuestro caso, que la substitucion de la metad de la herencia, hecha à favor de Don Vicente legatario, en caso de morir sin hijos Varones, Iuan Luys Angel, fuè regulada à los pactos, y condiciones expressadas en el legado, y mirado con atencion el contexto de este, no se encontrarà vocacion, vltra de los nietos del dicho Don Vicente, en cuyos terminos, haviendo tenido efeto la disposicion en los hijos, y aun en los mismos nietos, no transiende, ni pasa à los bisnietos, ni otros descendientes, y con mas fuerte razon en

nuestro caso; que la vocacion de estos, no es expressa, sino tacita, resultante de la geminada posicion de los hijos, y descendientes, en condicion, de la qual se intenta inducir, no solo la vocacion activa de ellos sino la pasiva, y obligatoria de restituhir à los otros.

95 Puntualissima, y comprehensiva de todo esto es la dotrina de Altograd. d. controvers. 64. à n. 6. ibi: *Nec obstat, quod sub illa conditione, si sine filijs, intelligantur comprehensi etiam nepotes, & alij descendentes d. D. Laurentij, vt per Pereg. Fusar. &c. quia id procedit ad exclusionem substituti, & ne sequatur absurdum, quod extraneus substitutus præferatur descendentibus, in portione, proprio parenti relicta, vt patet ex Pereg. Fusar. &c. Et ideo quotiescumque dispositio, sortita est effectum in personis filiorum, vt quia ipsi Patri gravato supervixerint, tunc nepotes, & alij descendentes minime comprehenduntur, &c. Maximè in casu nostro, in quo agitur de vocatione nepotum, non solum activa sed etiam pasiva.* Y prosigue dando la razon en los siguientes numeros.

96 De todo lo qual en precisa, y necesaria consequencia se infiere, que como en nuestro caso, no se puede considerar contemplada la agnacion rigorosa, y quando lo fuera, seria vnicamente respeto de los hijos, y descendientes del dicho Luys Angel heredero, haviendo por falta de estos agnados, passado la succession à Vicente legatario, expressamente llamado, y substituhido, en quanto à sus hijos, y descendientes fuè el fideicomisso regular, tacitamente inducido, y congeturado, en fuerza de ser puestos en condicion, sub nomine collectivo, que persuade no ser excluidas las hembras, sino es concurriendo en vn mismo grado, y linea los Varones, segun la naturaleza de los mayorazgos regulares.

67 Sutil, y doctamente lo explica Torre *de maiorat. tom. 1. cap. 15. fere per tot.* comensando desde el num. 1. ibi: *Nunc autem siquis quærat à me, quomodo tacitè ducatur institutus maioratus regularis; respondeo, quod*

quod tunc h dicitur institutus maioratus; quando succesiva vocatio, de Patre in filium, non est expressa, sed tacita, vt contingit, quando fideicommissum, vnicam tantum vocationẽ continet, expressam in primo in gresu ad formam vulgaris, extenditur. Tamen disp sitio, vel ex ratione agnationis, vel ex clausulis denotantibus perpetuitatem vel ex vocatione plurium nomine collectivo, &c.

98 Aunque parece, quedar bastantemente fundado, ser la naturaleza de nuestro fideicommisso regular, y comprehensivo de la succesion de las hembras, en caso de no concurrir Varones del mismo grado, y linea; Pero para quitar todo escrupulo, y qualquiera vana, y ligera pretencion, que se podria induzir de ser este fideicõmisso, qualificado, y de masculinidad, por la repetida vocaciõ de los hijos, y descendientes Varones del dicho Vicente legatario. (Vnico asilo, y fundamento de la pretension del Conde de Peñalva) entrarè à fundar, que aun en caso de que la succesiõ de estos bienes, se huviesse de regular por vocacion de masculinidad, le perteneciò à Don Pedro Bellvis, hijo de Doña Leonor Exarch, y nieto de Don Vicente Exarch el segundo; y por la misma razon le deve tocar al Marquès, como descendiente Varon de aquellos.

99 Para inteligencia hago recuerdo, que dicho Don Vicente, el segundo, tuvo en hija à Doña Leonor Exarch, que casò con Don Antonio Bellvis, la qual premuriò à dicho Don Vicente, dexãdo en hijo primogenito à Don Pedro Bellvis, que occupava el primer grado por la premoriencia de su Madre, al tiempo de la muerte de dicho Don Vicente su Ahuelo. *l. 1. cum sua materia. C. de suis, & leg. hæred.* Anton Gomez. *variar. lib. cap. 1. per tot. & signanter. à num. 11.*

100 Con esta suposicion verdadera, y resultante del pleyto; entra la question muy controvertida

tida entre los DD. si en el fideicommisso, y mayorazgo, en que son llamados los hijos, y descendientes Varones, tiene lugar para la succesion, el nieto Varon ex filia, con exclusion del Varon de Varon, de otra linea, y grado mas remoto. Y dexando à vna parte la contrariedad de los DD. que por la afirmativa, y negativa opinion se podian expender; solo referirè los que por mas comun, y recibida tienen, y asseguran la succesion, à favor del Varon ex fœmina, y entre otros Molin. *de hispan. primog. lib. 3. cap. 5. num. 48. & 49.* Tiraquel. *de primog. quæst. 3. num. 8. cum seqq.* Menoch. *cons. 802. n. 32. & seqq. & cons. 930. num. 20.* Castillo *controver. iuris. lib. 5. cap. 129. à nu. 1. cum seqq. & cap. 133 fere per tot.* Bursat. *cons. 229. fere per tot. & signanter. à nu. 39.* Ioseph Ramon *d. cons. 100. à nu. 483. cum seqq.* el Señor Leon *tom. 3 d. cis. 1. fere per tot. & signanter. à num. 69. cum seqq.* Ioseph Sesse *decis. 254. per tot. & signanter. à num. 62. cum seqq.* Y es terminal, y decisiva la decision 34. de Don Iuan de la Rea *per tot. & signanter à num. 11.* En donde por mas autorizada, de los mejores DD. seguida, y demas solidas, y juridicas razones afianzada, assegura la opinion afirmativa, à favor del Varon ex fœmina.

101 Y por no ofender, lo grave de este tan docto, y Supremo Consejo, con lo prolijo de la citacion de los casi infinitos DD. sequazes de esta opinion, solo transcribirè el lugar selecto para esta materia de Ioseph Altogrado, *controver. 68. à num. 2.* ibi: *Et in puncto quod etiam in primogeniturijs, masculi ex fœminis, regulariter admitantur, sub vocatione decendentium masculorum, deficientibus tamen masculis eiusdem gradus, & lineæ, firmant Molina, &c. Et ibi: Quæ conclusio adeo vera est, & vt ad exclusionem masculorum ex fœminis, necessariæ sunt evidentissimæ probationes, ita vt indubio, illi semper sint admitendi, imo verba testamenti, ita intepretari debent, vt illi minime exclusi dicantur.* Y en los numeros siguientes

tes; con suma erudicion prosigue, dando satisfacion à los obices, que en contrario se podian ponderar, fundando su sentir en lo que comunmente le fundan todos los DD. à saber es; que el Varon, *licet ex fœmina descendat, proprie, & verè masculus est, & ex propria verborum significatione comprehenditur, in vocatione masculorum descendentium. l. cognoscere. §. liberorum. ff. de verb. significat. l. 1. C. de condition. incert. l. quoties. C. de suis & legitim. hæred. §. 1. authent. de hæred. ab intestat. venient. cap. 1. de eo qui sibi, & hæredibus suis masculis &c. in vsibus feudor.* Y por consiguiente, hallandose la vocacion à favor de los hijos, y descendientes Varones, establecida por nuestro testador, ò por mejor dezir puestos aquellos en condicion, no se le pudo negar, à Don Pedro Bellvis, la succesion de estos bienes, siendo verdaderamente Varon, descendiente de Don Vicente Exarch el segundo, licet ex fœmina, qual fuè Doña Leonor Exarch, hija del dicho Don Vicente.

102 Lo que procede con mas fuerte razon, siendo al tiempo de la delacion del fideicommisso, premuerta la dicha Doña Leonor, en cuyos terminos, venia à la succesion dicho Don Pedro, como nieto ex matre præmortua; non ex persona suæ matris; sino ex sua propria persona, tamquam descendens masculus, como advirtiò, (satisfaciendo al obice, que podia resultar, de descender el dicho Don Pedro *ex radice infecta, & ex matre exclusa propter masculinitatem, ad text. cum materia. in l. si viva matre. C. de bonis matern.*) El citado Altagrad. *d. controver. 68. num. 7.* ibi: *Quia obiectum procederet, si nepotes isti, succedere deberent ex persona matris, illam representando; secus autem in casu nostro, in quo ipsi veniunt ex propria persona, & ex propria vocatione, mater enim excluditur, quia est fœmina; filius vero admittitur, quia est masculus; siquidem verba testamenti fœminis omnino repugnant, masculis autem ex fœminis secundum propriam illorum significationem, optime conveniunt, &c.*

&c. Para cuyo sentir cita à Bald. Bartol. Mantic. Merlin. Anton. Faber. Castillo. Larea, y la Rota.

103 A favor del mismo nieto ex filia, non solum præmortua; sino tambien, sobre viviendo al tiempo de deferirse la succession, escriviò docta, y modernamente Franc. Censal. in observat. ad Peregr. *de fideicom. art. 26. fol. mihi 125.* desde el versic. *Annuit Deus clementissimus cum seqq. & signanter versic. at vero* ibi: *At vero si filius, seu descendens, non veniat ex iure, & persona matris, sed ex proprio iure, ac ex propria persona, tum minime obstet matris exclusio, imo potius prosit, ac citius succedendi viam aperiat, quin & successionis tempus acceleret, quia hoc casu descendens masculus venit per locum, in portione matris.* Y despues de citar gran copia de DD. concluye, *quia ubi iure proprio, & non ex persona fœminæ, successionem expectant, omnino admitentur, uti descendentium masculorum appellatione comprehensi, dubitationi locus minime relinquitur, &c.*

104 Asegura todo lo sobredicho, la docta resolucion 82. de Ioannes Petrus. Actolin. *fere per tot. & signanter à num. 5.* en donde por proposicion de regla dize: *Vera est in iure proposicio, quod sub nomine descendentiam, vel liberorum masculorum, veniunt etiam masculi ex fœminis; per text. in §. 1. & 2. autent. de hæred. quæ ab intestat. defer.* Y lo supone en el num. 7. por conclusion sin contradictor, en caso de no ser contemplada por el testador la agnacion, que es el proprio de nuestra contingencia, como queda arriba fundado, cuya circunstancia es, la que concilia la contrariedad de las opiniones como advierten todos los DD. supra referidos, à los quales devo añadir Capyc. Latro *d. decis. 127. & 128.* Franciscus Marota. *discep. foren. d. cap. 12. fere per tot.*

105 Y aun caso negado, que el fideicommisso instituido por nuestro testador, fuesse de agnacion rigorosa, o de masculinidad, y por necessitar de esta qualidad, no tuviesse el Marquès tan assegu-

rado

rado el drecho, que le assiste para la succession, no por esso le deviamos confessar, à favor del Conde de Peñalva; si se manda advertir, que es descendiente de Don Fancisco Exarch, y Doña Sebastiana Exarch, mediante Doña Paula, hija de aquellos, segun resulta de la formacion del Arbol, y Genealogia de la descendencia del testador, que se à exhibido, la qual fuè illegitima, y nacida del matrimonio nullo, que contractaron los dichos Don Francisco, y Doña Sebastiana, cuya falta de drecho es tan operativa, que por si sola excluye la accion en el Conde, como actor en el presente pleyto, por la regla vulgar *actore non probante reus venit absolvendus. l. extat. 25 ff. de iur. fisci. l. vltima. C. de rei vendicat. l. actor. C. de probat. cap. cū Ecclesia de causa poss. & propriet. cum vulgat.* Tusc. *tom. 1 lit. A. conclus. 117. num. 10.* à que se ajusta otra regla; *Actore non probante, obtinet is, qui possidet. l. 1. C. de alien. iuditij. mutand. caus. §. retinendæ instit. de interdict.* Surd. *de aliment. tit. 9. quæst. 12. num. 7.* Y en materia de fideicom. Peregr. *de fideicom. art 43. fere per tot & signantes. à num. 1. & 36.* Y procediendo de raiz infecta, è illegitima, no puede aspirar à fideicommisso, que pide legitimidad *per text. in l si viva matre C. de bonis maternis*, y con mas fuerte razon, en concurso de descendientres legitimos. El Señor Leon *tom. 1. decis. 80. num. 2. & decis. 1. à n. 10. cum seqq. tom. 3.* Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 3. num. 41.* Rojas *de incompatibilit. par. 1. cap. 6. num. 110.* Ciriac. *controv. 206. nu. 78.* el Cardenal de Luca *de testam. discurs. 52. num. 4.*

106 La illegitimidad de Doña Paula se convence, por la demostraciō que se à hecho en el pleyto, de que ademas de ser dichos Don Francisco, y Doña Sebastiana Primos hermanos, haviendo precedido rapto, se necessitava de dos dispensas, para la valididad del matrimonio vna de la consanguinidad, y otra del mismo rapto. *Consil. Trident. sess.*

24. *de refor. cap.* 6. & ibi Barbos. y sin estas dispensaciones, el matrimonio fuè nullo, y su prole, illegitima, *quia vbi non sunt iustæ nuptiæ, ibi, nec liberi sperari posunt, certum enim est, quod qualis præcesit concubitus, talis oritur soboles.* §. *naturæ vers. legitimi Authent. quomodo naturales eficiantur sui*, como advirtiò el Cardenal Paleoto *de notis & spurijs filijs. tom.* 8. *tractatum. par.* 2. *fol. mihi* 50. *& post eum* Iul. Capon. *tom.* 4. *discept.* 266. *à num.* 2. Y es tan aborrecido del drecho canonico, el rapto, que en todas las dispensaciones matrimoniales. en fuerza de la regla 49. de Canceller. queda establecido por forma, se ponga la clausula *dum modo rapta non fuerit*, lo que persuade, que el animo del Pontifice, no es querer dispensar el impedimento del rapto, si expressamente no se pide, y dispensa como advirtiò Rebuf. *in praxi tit. de dispensat. in gradib. prohibit. glos* 9. Pyrro Corrad. *in praxi dispens. lib.* 7. *cap,* 6. *â num.* 58. *cum seqq.*

107 Segun resulta del pleyto, aunque se obtuvo dispensa, por razon de la consanguinidad de Don Francisco, y Doña Sebastiana, ni se manifestò, ni se dispensò el rapto; y por consiguiente quedaron ambos impedimentos sin dispensarse, influyendo nullidad notoria en el aserto matrimonio. Thomas Sanchez *de matrim. lib.* 7. *disp.* 13. Barbos. *ad tex. in cap. vltim. de raptorib.* Basil. Ponze *de matrim. disput.* 31. Gutier. *de matrim. cap.* 86. Pirro Corrad. *d. lib.* 7. *cap.* 6. *num.* 50. el Cardenal de Luca *de matrim. discurs.* 5.

108 Y no solamente deve narrarse, y dispensarse expresamente el impedimento del rapto, sino que el Executor Apostolico de la dispensacion, deve prevenir, el que *mulier rapta, reponatur in loco tuto, & libero*, como tambien, el que *congruè sit dotata ab ipso raptore*, segun previene el Sagrado Conc. Trident. *d. cap.* 6. Cuya circunstancia, no es remisible por la misma muger, que ha padecido el rapto, como

moder-

modernamente advierte, y sigue el Obispo Don Tomàs de Rosa, *de executor. literar. apostolicar. cap. 11. num. 8. & 9.* ibi: *Tertium quod verificare debet executor, pro exequenda hac dispensatione, ob angustiam est: Quod mulier, rapta non fuerit, & hoc quia matrimonium, inter raptorem, & raptam consistere non potest, donec mulier rapta, est sub potestate raptoris, iuxta Trident. sess. 24. cap. 6. de reformat. Cum enim executor invenerint mulierem raptam, debet abstinere ab executione dispensationis, donech suplicatum fuerit Papæ, ac super dicto impedimento noviter dispenset, etiam si nulla carnalis copula intercesserit, & tunch mulier debet reponi ab executore, in loco tuto, & libero, in quo non possit iustè timere metum, vel violentiam aliquam, vt posit libere suã voluntatem dicere: Et huiusmodi dispensationibus super raptu, semper aponitur decretum, quod rapto mulierem raptam dotare teneatur, iuxta decretum conc. loco citato, quod omnino requiritur, nec potest mulier remitere etiam si dives fuerit, &c.*

109 Reconozcase con cuidado la dispension del impedimento de consanguinidad, que impetaron los dichos Don Francisco, y Doña Sebastiana, y no se encontrarà dispensacion formal del rapto, ni menos observadas por el executor de la gracia, las referidas circonstancias; y por consiguiente, permaneciò siempre la nullidad del matrimonio, que influyò illegitimidad en los hijos, que nacieron de èl, incapacitandoles para la succesion de estos bienes; saltim en concurso de los otros descendientes legitimos, quales eran Doña Leonor, y Don Pedro Bellvis, de quien es legitimo successor, y descendiente el Marquès.

110 De todo lo qual, se saca por conclusion legitima, que los bienes de Don Pedro Bellvis el Antiguo, quedaron libres en Don Miguel Exarch, por haver muerto, dexando en hijo Varon à Don Vicente, segun declarò la Real Sentencia de aquella Audiencia; y quando se pudiessen considerar sugetos à fideicommisso, por no ser de rigorosa ag-

O na-

nacion, sino regular, y quando mucho de mascu-
linidad, huvo de suceder en ellos Dō Antonio Bell-
vis, como descendiente Varon, de mejor linea, de Don Vicente Legatario, de quien tambien lo es el Marquès de Benavites, con total exclusion del Conde de Peñallva. Y assi lo espera de la integridad de este S. S. R. Docto, y Grave Consejo se mandarà declarar. Salva Semper, &c.

Doct. Vicente Carda.

Imprimatur.

Don Franciscus Faus, R. F. A.